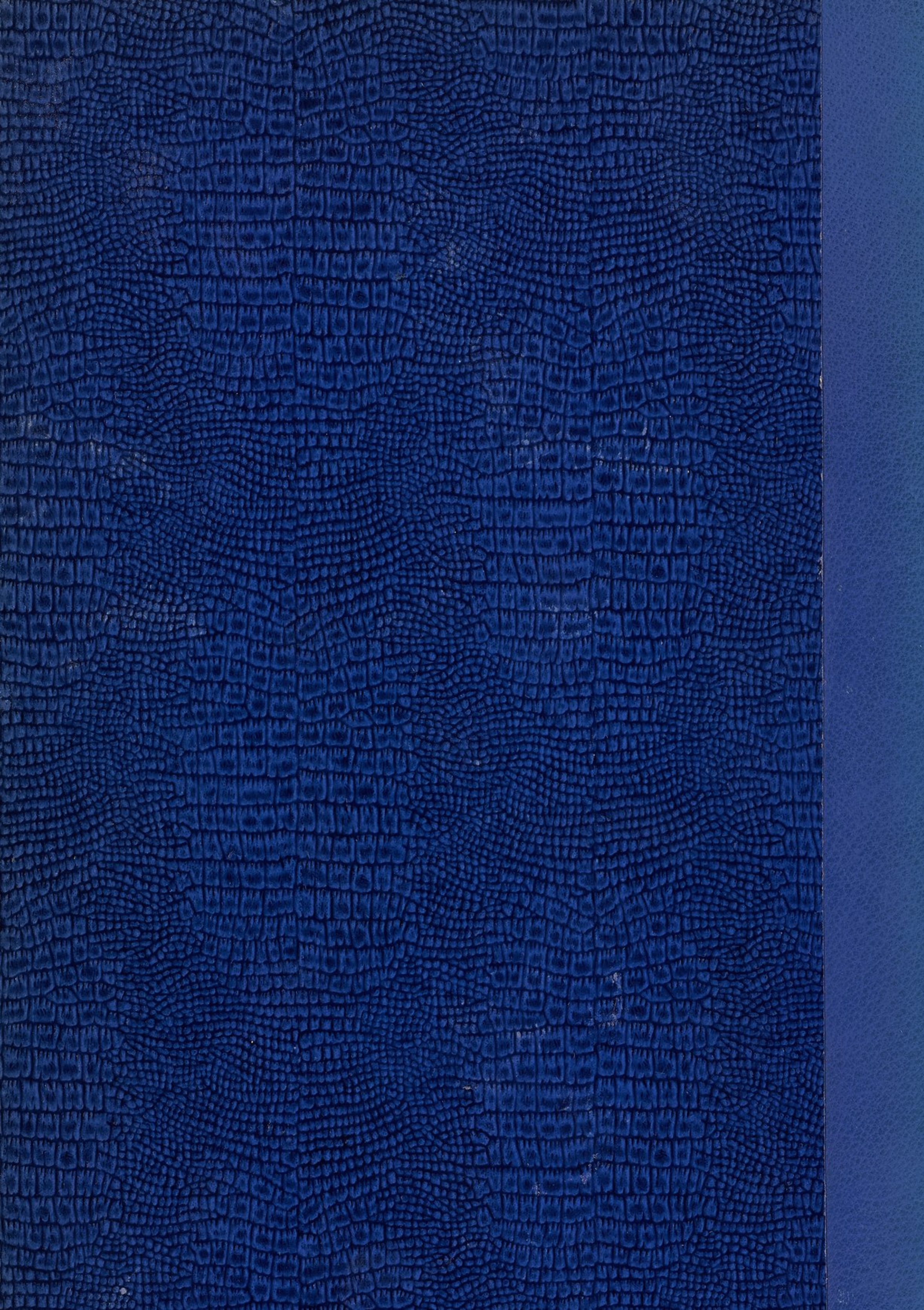



Princeton University Library
32101 074326313

جامعة القاهرة
كلية الحقوق

المسئولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن

رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق
مقدمة للمناقشة العلنية فى ٣ مايو ١٩٥٤

من

عباس حسن الصراف

لجنة الحكم :

الأستاذ الدكتور سليمان مرقص رئيساً
الأستاذ الدكتور محمد على عرفه } عضوين
الأستاذ الدكتور محمد سامى مدكور }

مطابع
دار الكتاب العربي بمصر
محمد حلمي المنياوي



al-Sarrāf, Abbās Ḥasan

جامعة القاهرة

كلية الحقوق

al-Mas'ūliyah al-aqdiyah

المسئولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن

رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

مقدمة للمناقشة العلنية فى مايو ١٩٥٤

من

عباس حسن الصراف

لجنة الحكم :

الأستاذ الدكتور سليمان مرقص رئيساً

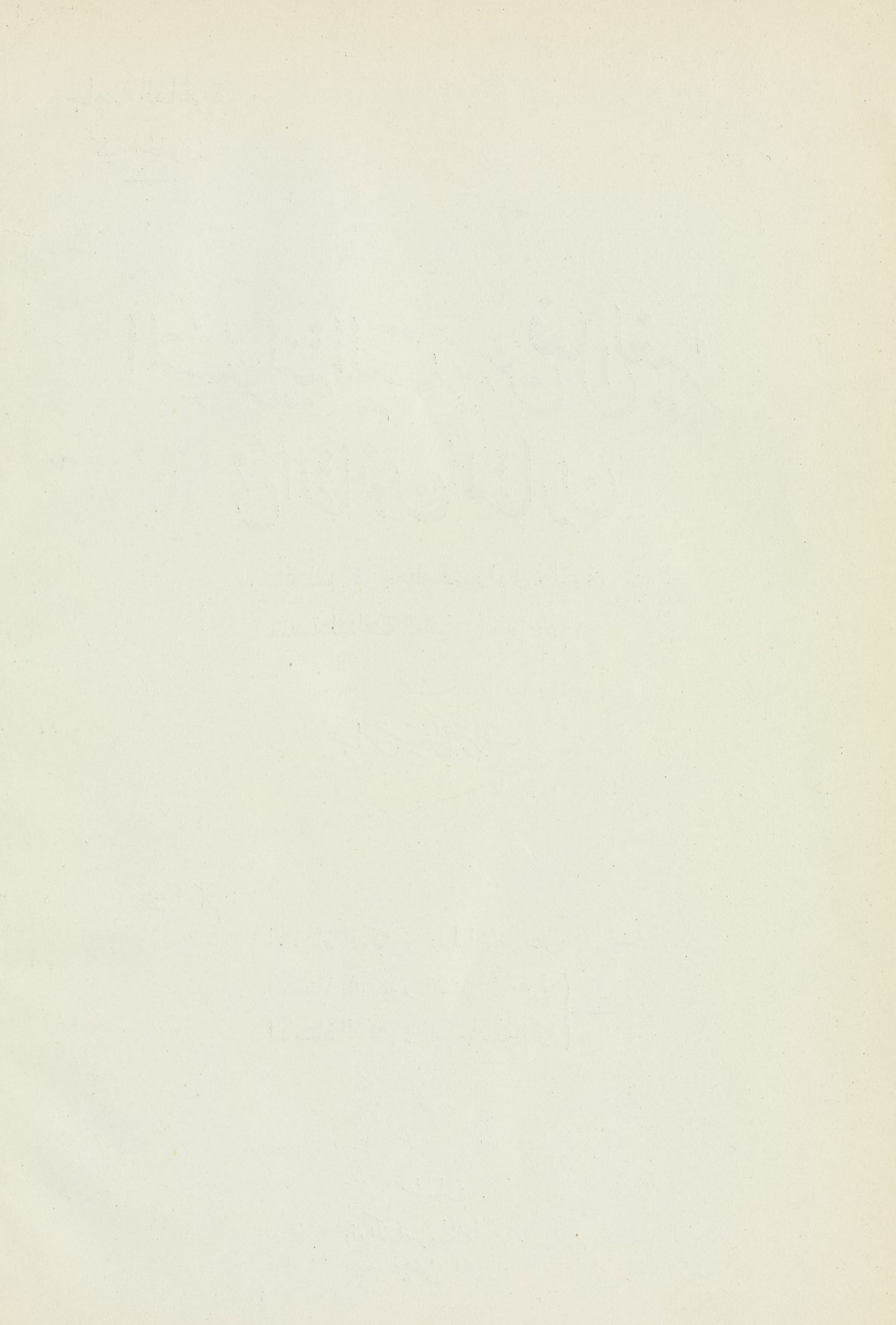
الأستاذ الدكتور محمد على عرفه } عضوين

الأستاذ الدكتور محمد سامى مدكور }

مطابع

دار الكتاب العربي بمصر

محمد حلمى المنياوى



الفهرست التحليلى للرسالة

صفحة

الكتاب الأول

القواعد العامة للمسئولية العقدية عن فعل الغير

صفحة

الباب الثانى — الأساس القانونى لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير

صفحة

الباب الثالث — العلاقة بين المسئولية العقدية عن فعل الغير
والمسئولية التقصيرية عن فعل الغير .

صفحة

الباب الثانى — الحدود الداخلية للمبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير من حيث الموضوع

الباب الثالث — الحدود الداخلية للمسئولية العقدية عن فعل الغير من حيث الأشخاص

الباب الرابع — تطبيقات مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير فى العقود المختلفة

صفحة

مقدمة

فى المسئولية العقدية عن فعل الغير

فى القانون المقارن

يجرى عرف المشتغلين بكتابة رسائل الدكتوراه فى الحقوق على تقسيم الموضوع الذى يعالجون ، حسب التقسيم التقليدى القائم على مقدمة وكتابين ، وجريا على هذا التقليد أقوم بعرض هذه المقدمة للتعريف بمشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير ، ومبيناً مدى أهمية دراستها ، ثم معقباً الكلام فى تحديد موضوع هذه المسئولية . وقد تعرضت إلى دراسة مسائل فى المسئولية اعتقد أنها تتصل اتصالا وثيقا بمشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير لكى أجلو بعض المبادىء التى يجب أن تقوم عليها قواعد هذه المسئولية .

وعلى هذا سأعالج فى هذه المقدمة دراسة المسائل الثلاث الآتية :

١ — عرض مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير .

٢ — أهمية دراسة الموضوع من الناحيتين النظرية والعملية .

٣ — تحديد موضوع هذه الدراسة .

١ — عرض مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير

تنص المادة (١٤٧) من القانون المدنى المصرى الجديد على أن « العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون » . وقد أخذ هذا النص عن المادة (١١٣٤) من القانون المدنى الفرنسى بنصها المشهور « الاتفاقات المعقودة وفقاً للقانون تقوم مقامه بالنسبة لعاقديها » .

وإلى جانب هذين النصين يقوم نص المادة (١١٥) من القانون الجديد الذى يقضى بأنه « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه

بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر فى تنفيذ التزامه[1] » .

ونص المادة (١١٤٧) من القانون الفرنسى الذى يقضى بأنه « يحكم على المدين بتعويض إذا كان لذلك محل أما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخر فى التنفيذ ، وذلك فى جميع الأحوال التى لا يستطيع فيها — أى المدين — أن يثبت أن عدم التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، ولم يكن على أية حال سيء النية » .

وواضح جداً أن النصين الأولين فى كل من القانونين المصرى والفرنسى يعربان عن المبدأ العام فى إلزامية العقود : كل مدين يلتزم بالعقد ويجب عليه أن يقوم بتنفيذ الالتزام الذى ألقى على عاتقه بذلك العقد[2] . وبالجمع بين نصى المادتين (١٤٧ ، ٢١٥) من جهة وبين نص المادتين (١١٣٤ ، ١١٤٧) من جهة أخرى يتضح لنا أن المدين ملزم لما تعاقد ، ويجب عليه أن ينفذ الالتزامات الناشئة عن العقد ما لم يثبت أن عجزه عن التنفيذ كان لسبب خارج عن إرادته .

وتجمع مختلف التشريعات على أن السبب الأجنبي الذى لا يد للمدين فى أحداثه هو أحد الأسباب الآتية :

١ — القوة القاهرة أو الحادث الجبرى .

٢ — فعل الدائن نفسه .

---

(١) م ١١٩ من القانون القديم ، م ٢٨٠ — ٢٨٢ من القانون الألمانى ، م ٩٧ من قانون الالتزامات السويسرى . مع الإشارة إلى أن هذه القوانين تختلف عن قوانين المتن من حيث الصياغة فيما يتعلق باشتراط ركن الخطأ بصورة واضحة كركن من أركان المسئولية وسنعود إلى دراسة هذا فيما بعد .

(٢) ولعل هذا بالضبط هو السبب الذى دفع المشرع المصرى للقانون القديم إلى عدم النص على هذا المبدأ العام فى إلزامية العقود بنص خاص ، وذلك لوضوحه وبداهته . وبالرغم من عدم النص فى القانون القديم فإن القضاء المصرى جرى على إثباته على الدوام (ستيفاني : دروس فى المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ألقيت على طلبة الدكتوراه لسنة ١٩٤٨/١٩٤٩ ص ٤ ، وحسين عامر : القوة الملزمة للعقد . القاهرة ١٩٤٩ ص ٩ وما بعدها .

٣ — فعل الغير .

وإذا كان لا يصعب فى غالب الأحوال استجلاء القوة القاهرة أو الحادث الجبرى أو فعل نفس الدائن ليعفى المدين من تبعة الحكم عليه بتعويض عن عدم تنفيذه للالتزام ، فإن الصعوبة قد تثور فيما يتعلق بأفعال الغير .

ويجرى القول عادة بأن هناك ثلاثة عناصر أو أركان يجب اجتماعها لقيام المسئولية : الخطأ والضرر ورابطة السببية بين الخطأ والضرر . فإذا تدخل أحد الأغيار فى العلاقة القانونية القائمة بين الدائن والمدين ، ونتج عن تدخله عدم استطاعة هذا الأخير تنفيذ الالتزام الواجب عليه تنفيذه لمصلحة الدائن ، ومع أنه نفسه لم يرتكب إطلاقاً أى فعل يمكن أن ينسب له به أيما خطأ ، وكان لهذا « الغير » علاقة على نحو ما بالمدين نفسه ، فهل يمكن أن نتردد والحالة هذه فى وجوب القول بمسئولية المدين العقدية ؟ أو على الأقل ألا يجب علينا أن نستند إلى نص قانونى يمكن أن تعتمد عليه لإثبات هذه المسئولية قبل المدين ؟ وما هى هذه المسئولية ؟ ما طبيعتها ، وما هو مداها ، وما مقدار اتصالها بالمسئولية التقصيرية عن فعل الغير ؟ وما هو موقف التشريعات المختلفة من هذه المسألة ؟ .

أمين نقل تعهد بأن ينقل بضائع معينة من جهة لأخرى ، رجع إلى ربان أو مجهز سفينة أو متعهد نقل آخر لإتمام أو لتنفيذ التزامه بنقل البضائع ، وبسبب فعل أحدهم تلفت هذه البضائع . هل يسأل متعهد النقل الأول عن فعل « الغير » الذى عهد إليه بالتنفيذ فيحكم عليه بدفع تعويض مناسب لمالك البضائع الدائن أم يجبر هذا الأخير على مخاصمة « الغير » ، وهو الفاعل المباشر ؟

مستخدم أو ولد للمستأجر أشعل النار فى المأجور ، هل تقوم مسئولية المستأجر فى هذه الحالة لصالح المؤجر ولماذا ؟ .

متعهد تعهد بصنع شىء معين فى بحر مدة معينة ونظراً للاضراب الذى حصل من عماله فى المصنع لم يستطع الوفاء بالتزامه لصالح المتعهد له بالشىء موضوع الالتزام ، هل يمكن أن يقال أن الإضراب سبب أجنبى لا يد للمتعهد

فيه أم أن الأمر ليس على هذا النحو فتقرر مسئوليته عن أفعال هؤلاء العمال بالإضراب ؟ أو لو أن صاحب المصنع هذا كان قد تعهد بتسليم كمية معينة من البضائع ولم يستطع الوفاء بذلك فى الوقت المحدد وبالرغم من أنه شخصياً لم يرتكب أى خطأ ، بل على العكس كان قد حسب حساب الوقت والمال وكل شىء ولكن الذى حصل أن عماله ومستخدميه قد أخطأوا أثناء التسليم فعطبت البضاعة . ما هو الحكم فى هذه الحالة هل يسأل صاحب المصنع مع أن كل ما حصل كان قد وقع دون خطئه بل أن الخطأ كان من جانب العمال ، أم هل يستطيع صاحب المصنع أن يدعى المتعهد وجود السبب الأجنبى الذى لا يد له فيه[1] ؟

دخل مريض عيادة خاصة لأحد الأطباء ، فما هو مدى مسئولية الطبيب عن فعل مساعديه أو عن فعل طبيب آخر أقامه مقامه فى علاج المريض إذا سبب له أحد هؤلاء أضراراً ما ؟

زيد استأجر حصاناً ثم أعاره إلى صديق له وبفعل هذا الأخير نفق الحصان . هل يسأل زيد قبل المالك المؤجر وكيف ؟ أم أن المالك يرجع على الصديق فحسب للحصول على التعويض ؟

ساعاتى تعهد بتصليح ساعة لأحد زبائنه فى منزل الزبون ، فأرسل لهذا الغرض عاملا ، وفى أثناء التصليح أحرق العامل سجادة فى بيت الزبون ، هل يسأل الساعاتى عن ذلك ويدفع التعويض على أساس المسئولية العقدية ؟

تعهد شخص بأن يزين غرف عميل له بقماش ما ، فأرسل إليه عمالا يقومون بهذا العمل ، ووقع أحد هؤلاء العمال على مرآة فكسرها ، ورمى الثانى سيجارة أحرقت إحدى السجاجيد ، ما هو مدى مسئولية رب العمل فى مثل هذه الأحوال[2] ؟

---

(١) هذا المثل مضروب فى : بهجت بدوى رسالة باريس ١٩٢٩ ص ٥٥ .

(٢) الأمثلة الثلاثة الأخيرة من بيكيه Becqué : مقال المسئولية العقدية عن فعل الغير ، المجلة الفصلية للقانون المدنى الفرنسى ١٩١٤ ص ٢٥٦ وما بعدها .

هذه أمثلة كافية تبين مدى أهمية الوصول إلى حل قاطع حاسم فى مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير .

وفى الواقع أن مختلف التشريعات قد عالجت بعض هذه الحالات وقررت لها الحلول المطلوبة بما فى ضمنها تلك التشريعات التى لم تعن إلا بإيراد نصوص خاصة تحكم المسئولية العقدية عن فعل الغير . على أن الأمر قد يشكل عندما تعرض أمامنا حالة لا نص يحكمها فى التشريعات التى أوردت تلك النصوص الخاصة دون النص على المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير ، فيتجه الرأى حينذاك إلى الاجتهاد وعند ذاك تختلف الأحكام ويحتدم الجدل . وهذا ماحدث فعلا ، إذا استقرأنا الظروف التى تطورت فيها عبر الزمن مشكلة المسئولية العقديه عن فعل الغير ، إلى أن استقرت الحلول فى البلاد التى أدرك فيها المشرع الحاجة إلى النص على مبدأ عام يحكم المسئولية العقدية عن فعل الغير ، وهو ماحدث فى ألمانيا وسويسرا وبولونيا وفى كثير من التشريعات الحديثة وما جاء به أيضاً التشريع المصرى الجديد وتبعه التشريع المدنى العراقى الجديد .

وسنحاول فيما نقبل عليه من دراسة أن نتعمق فى دراسة المشكلة محاولين أن نصل إلى أحكام تستند إلى النصوص وإلى المبادىء العامة معاً .

ولكننا نلاحظ هنا أن الدقة فى تلك المشكلة كانت ترجع — كما يبدو لنا — إلى أن مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير لم يكن مقرراً صراحة وبنص عام فى القانون المدنى المصرى القديم ولم يقرر حتى الآن فى القانون المدنى الفرنسى وفى كثير غير هذين التشريعين من التشريعات الأخرى كالقانون اللبنانى مثلا هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى إلى اختلاط وضع المسئولية العقدية عن فعل الغير بأوضاع قانونية ثانية اختلاطا شديدا كثير الحساسية . فالمسئولية العقدية عن فعل الغير ترتبط ارتباطا وثيقاً بوضع القوة القاهرة أو الحادث الجبرى من جهة وتعارض المبدأ العام الأساسى فى وجوب الخطأ الشخصى كركن من أركان المسئولية على العموم من جهة أخرى .

وإذن فالمسألة تتحدد كالآتى : — هل أن كل شخص — عدا المتعاقدين — إذا ما تدخل فى تنفيذ الالتزام وسبب بتدخله هـذا استحالة ذلك التنفيذ دون وقوع أى خطأ من جانب المدين ، يمكن اعتباره أجنبياً عن هـذا الأخير وبالتالى لا يسأل المدين عن النتائج التى ترتبت على عدم التنفيذ ، لم يجب أن نفرق فى هذا الشأن وفى طائفة الإغيار ، بين ذلكم الاغيار الأجانب بالمعنى الفنى المعروف لهذه الكلمة وبين قسم منهم لا يمكن اعتبارهم أجانب بالنسبة للمدين ويجب عند ذاك أن يسأل عن أفعالهم فيما يتعلق بتدخلهم فى تنفيذ الالتزام ؟

ثم أولئك الذين يشاركون المدين فى ممارسة الحقوق التى اكتسبها من عقود عقدها بنفسه ، أيمكن اعتبارهم من الأغيار الأجانب عندما يخلون بالتزام الذى يفرضه العقد على المدين عند ممارسة الحقوق الممنوحة له بموجب تلك العقود ، أم على العكس من هذا هل يعتبر المدين مسئولا عن أفعالهم ؟ وإذا قلنا بالإيجاب فعلى أى أساس قانونى يمكن أن يستند هذا القول ؟ .

لقد عرضنا آنفا أنه لم يوجد لا فى القانون الفرنسى ولا فى القانون المصرى القديم نص عام : نص صريح وواضح على المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير ، وعلى العكس من هذا نجد أن القانون الألمانى وقانون الالتزامات السويسرى قد عنى كل منها بالنص على المبدأ العام لهذه المسئولية . فالمادة (٢٧٨) من القانون الألمانى تنص على أن « المدين مسئول عن تقصير نائبه الشرعى ، وتقصير الأشخاص الذين يستخدمهم لتنفيذ تعهده كما لو كان ذلك ناتجاً عن تقصيره الشخصى » . وبهذا المعنى أيضاً قضت المادة (١٠١) من قانون الالتزامات السويسرى التى أضافت إلى طائفة الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين هؤلاء الذين يشاركونه الانتفاع بالحق المقابل للالتزامه فنصت على أن « كل من يعهد ، ولو بصورة شرعية ، إلى مساعديه ، كالأشخاص الذين يعيشون معه أو مستخدميه أمر العناية بتنفيذ التزامه ، يكون مسئولا فى مواجهة المتعاقد الآخر عن الضرر الذى يسببه هؤلاء فى انجاز مهمتهم[1] . وكل ما عمله القانون الفرنسى والقانون المصرى

---

(١) كذلك نص القانون البولونى فى المادة ٢٤١ على أن المدين لا يمكنه أن يتمسك بأن شخصاً آخر هو الذى كلف بتنفيذ الالتزام حتى ولو كان ذلك بصورة قانونية ، ولا بأن الالتزام =

القديم وغيرهما من القوانين كالقانون اللبنانى مثلا أنها أوردت نصوصا متفرقة تحكم حالات خاصة ينطبق فيها المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير[١] ومن هنا ينبعث الإشكال بالنسبة للحالات التى تعرض فى العمل وليس لنا من حيلة فى إدراجها تحت نص يحكمها من هذه النصوص المتفرقة .

وقد كان القضاء وخاصة فى فرنسا يجنح إلى تطبيق المادة (١٣٨٤) من القانون الفرنسى ، التى تضع المبدأ العام فى المسئولية التقصيرية عن فعل الغير ، فى أحوال مسئولية المدين عن أفعال من يسأل عنهم فى عقد من العقود . وكان هذا هو موقف القضاء البلجيكى من هذه المسألة ولا يزال[٢] . كما كان هذا أيضاً موقف القضاء السويسرى فى المناطق التى كانت محكومة بالقانون الفرنسى قبل صدور التشريع المدنى السويسرى[٣]

وقد أيد بعض الشراح فى فرنسا هذا القضاء كأوبرى ورو (جزء ٤ ص ١٦٧ نبذة ٣٣) وبودرى وبارد (جزء ١ نبذة ٤٥٥) وديمولمب (جزء ٢٤ نبذة ٥٥٨) .

إلا أن هذا القضاء كان عرضة لنقد شديد من جانب الفقه ، فذهب أغلب الفقهاء إلى عدم جواز تطبيق هذه المادة (١٣٨٤) على العلاقات التعاقدية ، وبالتالى إلى عدم الأخذ بها لترتيب مسئولية المدين عن أفعال تابعية عندما يتدخل هؤلاء فى تنفيذ الالتزام العقدى .

نعم : «يجب عدم تطبيق حكم هذه المادة على أشخاص ارتبطوا بحكم العقد ،

= المتعاقد عليه باسمه كان يجب أن ينفذ بواسطة نائبه القانونى . فهو يسأل عن أفعال أو امتناع هؤلاء الأشخاص كما لو كان ذلك هو فعله أو امتناعه . ونص القانون المراكشى على هذا فى المادة ٢٣٣ والقانون التونسى فى المادة ٢٤٥ منه .

(١) ففى القانون الفرنسى نجد المواد ١٧٥٣ ، ١٧٣٥ ، ١٧٧٢ ، ١٧٩٧ ، ١٩٥٣ تنص على حالات خاصة أى تطبيقات لهذا المبدأ بالإضافة إلى نص المادة ١٢٤٥ الذى هو نص عام لحالات معينة ينطبق فيها مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير . ثم نجد المادتين ٩٩ ، ٢١٦ من القانون التجارى الفرنسى كتطبيق لهذا المبدأ أيضاً أما فى مصر فنجد المواد ٣٧٨/٤٦٣ ، ٤١٣/٥٠٥ ، ٥٢٠/٦٣٦ وغيرها فى القانون القديم .

(٢) راجع فان رين Van Ryn رسالة بروكسل ١٩٣٠ ص ٤٣ - باريس سيرى ١٩٣٣

(٣) بازولا Bazzola رسالة جنيف ١٩٣٧ ص ١٩

فإذا واجهنا هذه المسئولية عن طريق المادة (١٣٨٤) فإن هذا ليؤدى إلى اضطراب الحلول ، وعلى الأخص فيما يتعلق بتحديد الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين من جهة ، وفيما يتعلق بصحة اشتراطات عدم المسئولية من جهة أخرى[١] ».

وكتب سافاتيه يقول « للحكم بهذه المسئولية ، المسئولية العقدية من فعل الغير — كانت المحاكم تجرى إلى المادة (١٣٨٤) أحيانا ، تلك المادة التى تجعل المتبوع مسئولا عن أعمال تابعيه ، وهذا خلط ، فالنص غريب عن المسئولية العقدية[٢] » .

وللبحث عن وسيلة أخرى لاثبات هذه المسئولية — فى كل الأحوال — على عاتق المدين لجأ أغلب الشراح إلى القول ببساطة بأنه يمكن تقرير وجود المبدأ العام للمسئولية العقدية عن فعل الغير فى القوانين التى لم ترد فيها سوى تطبيقات لهذا المبدأ وحسب ، ولو كان هذا عن طريق الافتراض بأن تلك القوانين عندما عرضت لهذا المبدأ فى نصوص متفرقة كانت قد أقرت ضمنا بوجود هذا المبدأ العام كمهيمن على كل حالة تعرض فيها مشكلة من مشاكل المسئولية العقدية عن فعل الغير[٣]

وقد لا نجد عند هؤلاء الشراح إلا النقاش الحاد حول الأساس القانونى الذى يمكن أن يقوم عليه هذا المبدأ العام فى هذه القوانين ، وفى هذا يقول

---

(١) بلانيول وريبير ١٩٣٠ جزء ٧ نبذة ٨٤٥ ص ١٧١

(٢) سافاتييه : دروس فى القانون المدنى الفرنسى ج ٢ ، ص ١٧٢ . وراجع أيضاً بهجت بدوى المرجع السالف الذكر ص ٥٥ ، وبيكيه : المرجع السالف الذكر ص ٢٥٢ ، وربنو : رسالة باريس ١٩٢٣ ص ٩ ومازو : المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ج ١ ص ٨٨٢ طبعة ١٩٤٧ الرابعة . وقد حكمت فى صالح هذا الرأى محكمة النقض المصرية فقررت فى ١٩٤٨/١١/١٨ : أن القانون المدنى قد أورد فى أحكام الإجارة حكماً خاصاً بمسئولية المستأجر عن الشىء المؤجر جرى به نص المادة ٣٧٨ (يقابلها المادة ٥٩١ جديد) وهو يقضى بمسئوليته عن التلف الحاصل بفعله أو بفعل مستخدميه أو بفعل من كان ساكناً معه أو بفعل المستأجر الثانى . وهذا النص يرتب على المستأجر مسئولية خاصة عن فعل الغير ليست هى المسئولية العامة المقررة فى المادة ١٥٢ بل تختلف عنها فى مداها وشرائطها ، فحصر مسئولية المستأجر فى حدود المادتين ١٥١ ، ١٥٢ وحدها يكون مخالفاً للقانون » نقض رقم ٨١ سنة ١٧ القضائية مجموعة محمود عمر ٥ ص ٦٥٨ رقم ٣٣٨

(٣) وهؤلاء هم الذين ذكرناهم فى الهامش أعلاه . وبهجت بدوى : أصول الالتزامات نبذة ٣٢٢ ص ٤٥٧ . وسليمان مرقص : رسالة القاهرة ١٩٣٦ ص ٤١٠

الأستاذان مازو : لم يتردد أحد أبداً فى جعل المدين مسئولا عن عدم تنفيذ الالتزام الناشىء من فعل شخص مكلف بتنفيذه بصورة قانونية . فالضرورات الإقتصادية لا تسمح بالنقاش والجدل فى هذا الشأن . إذ كيف يمكن أن يتخيل المرء أن يعفى صاحب المصنع ، الذى تعهد بتسليم شىء ما فسلمه معيباً ، من المسئولية بحجة أنه ليس هو الذى قام بصنع هذا الشىء وإنما العامل الذى استخدمه هو الذى قد قام بصنعه على هذه الصورة المعيبة (١)

غير أننا وإن اتفقنا مع الأستاذين مازو فى وجوب مساءلة صاحب المصنع فى هذه الحالة ، فإن هذا لا يمنعنا من التعقيب بأن إطلاق القول على هذا النحو والأخذ باعتبارات الضرورات العملية والاقتصادية لتزكية الأخذ بهذا المبدأ العام من دون نص صريح عبارة عن تحكم وتجاوز ، إذ يجب لتبرير هذا المبدأ الرجوع إلى نصوص القانون والاستناد إليها وإلى المبادىء القانونية العامة ، كما هو الشأن دائماً عندما نريد أن نزكى مبدأ ما تقضى به هذه الاعتبارات العملية والضرورات الاقتصادية الملحة .

وفى الواقع أنه ليس من اليسير دائماً الذهاب — كما فعل الأستاذان مازو وغيرهما من فقها القانون المدنى إلى أن القانون المدنى الفرنسى والقانون المدنى المصرى القديم وغيرهما من القوانين التى أغفلت الإشارة إلى نص عام صريح فى المسئولية العقدية عن فعل الغير ، قد عنيت ولو بطريقة ضمنية غير صريحة بالنص على هذا المبدأ العام . فلم يكن فى نية المشرع الفرنسى لعام ١٨٠٤ إطلاقا كما سنرى ذلك فيما بعد — أن ينص على مبدأ كهذا ، وأن القانون المصرى القديم وقد نقل هو بدوره عن القانون الفرنسى لم يكن فى وسعه أن يتوصل إلى ما لم يتوصل إليه القانون الأخير .

ثم أن من يتتبع تطور التشريع المدنى الألمانى ليدرك جيداً أن هذه المشكلة كانت قد أثارت كثيراً من الجدل فى ألمانيا قبل أن تستقر فى نصوص القانون الألمانى لعام ١٩٠٠ . ويؤيد ذلك أيضاً ما يراه أستاذنا المسيو ستيفانى بقوله :

---

(١) مازو : المطول المرجع السابق ج ١ ، ص ٨٨٢ نبذة ٩٧٩

« إن المسئولية العقدية تفترض أن الضرر الذى تحمله المدين ينتج عن عدم تنفيذ الالتزام الناشىء عن عقد ، ولكن هل يكفى لقيام هذه المسئولية أن يصيب الدائن مثل هذا الضرر الذى ينتج من عدم التنفيذ . أليس من الضرورى أيضاً أن يكون منشأ عدم التنفيذ راجعاً إلى فعل المدين نفسه ؟ فإذا كان عدم التنفيذ نتيجة لفعل شخص آخر قام مقام المدين فى التنفيذ ، فهل يستطيع الدائن أن يطلب تعويضاً عن الضرر الذى أصابه من جراء عدم تنفيذ الالتزام بفعل الغير بتحريك الدعوى العقدية قبل المدين ؟ . إنه من الصعب جداً ومن الدقة بمكان أن نكيف المسئولية عندما يكون عدم تنفيذ الالتزام راجعاً إلى خطأ شخص آخر غير المدين[1] » .

وفى رأينا ، وهذا ما سنحاول إيضاحه فيما بعد عند دراستنا للأساس القانونى للمبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير ، أنه لا يمكن أن يقال ، دون المجازفة بالوقوع فى خطر الإفراط ، إن مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير كان مقررا أو معروفا ولو بصورة ضمنية فى القانون المصرى القديم وفى غيرهما من التشريعات التى لم تفعل غير الإتيان بتطبيقات لهذا المبدأ فحسب[2] ، وذلك للأسباب المتقدمة ولسببين آخرين لهما عظيم الخطر فى هذا الخصوص :

أولا : قبل كل شىء أن ما يدعى هنا « بالمسئولية » ليس هو المقصود بالمعنى الفنى لهذه الكلمة فى فقه القانون . أن المشكلة هنا ليست مشكلة مسئولية بالمعنى الصحيح لهذه الكلمة بل ، فى الحق ، إن المشكلة هنا مشكلة « ضمان » يوضع على عاتق المدين ، وإلا فما هو الضمان إذن ؟ وما هى على الحقيقة طبيعة المسئولية التى تقوم دون خطأ يقع من جانب المسئول ؟ إذ مما لا شك فيه أنه لا يمكن أن تنشأ المسئولية على الإطلاق دون ركن الخطأ الذى هو ركن من أركانها الثلاثة ،

---

(١) ستيفانى : المرجع السالف ص ٩٧

(٢) على العكس من هذا سأورك . المرجع السالف ص ٢٨٢ ستيفانى ص ٩٥ وما بعدها . سليمان مرقص المرجع السابق ص ٤٠٧ . بهجت بدوى رسالة باريس ١٩٢٩ ص ٥٩ وأصول الالتزام ص ٤٥٥ وسالى : النظرية العامة فى الالتزام طبقاً للمشروع الألمانى ص ١٦ . ورينو : المرجع السالف الذكر ص ٣٥ وما بعدها

فإذا سئل شخص رغماً عن عدم ارتكابه أى خطأ ، فالوضع هنا يختلف عن الوضع الفنى للمسئولية ليتحول إلى وضع « الضمان [١] » .

ثانياً : ومن المقرر أيضاً أنه لا يمكن أن يفرض أى ضمان على عاتق شخص ما إلا بإرادته هو أو بإرادة الشارع الذى يفرض هذا الضمان فى كل حالة يرى أن فرضه فيها مما تمليه عليه حكمة تشريعه . وإذن فإنشاء مبدأ عام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير بدون نص تشريعى عبارة عن خلق فقهى لنص يشابه تماماً النص الوارد فى المادة ١٣٨٤/١٧٤ مصرى وهذا مستحيل[٢] لسبب بسيط هو أن الضرورات الاقتصادية والاعتبارات العلمية لا يمكنها أن تخلق قاعدة قانونية عامة[٣] .

وقد كفانا المشرع المصرى مؤونة الجدل فى هذا الموضوع فيما يتعلق بالقانون المدنى الجديد وذلك بإيرادة نص المادة ٢١٧ فقد دلت الفقرة الثانية من نص هذه المادة — بطريقة دلالة الاشارة — على أنه قد أقر المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير . . وسنعالج المسألة بتفصيل أوفى فيما يلى من الرسالة .

٢ — فى ضرورة دراسة مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير

نخلص مما قدمناه إلى أننا يمكن أن نتصور بسهولة ما لمشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير من خطر ، وما لها من أهمية فى البحث والدراسة ،

---

(١) فارن أسمان : المجلة الفصلية للقانون المدنى الفرنسى سنة ١٩٣٣ ص ٦٦٠ نبذة ١٨ بيد أنه يبدو مع ذلك ألا مناص من اختلاط الآثار والأحكام بين هذا الوضع وبين وضع المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى ، لما بين هذا وذاك من الارتباط الوثيق . وسوف ندرس فيما بعد أسباب هذا الاختلاط وأوجه هذه العلاقة عند دراستنا للعلاقة بين هذين الوضعين . وهذا ما حدا بنا إلى قول تسمية الوضع الذى نرى أنه عبارة عن صورة من صور الضمان ، الذى يلقى على عاتق المدين عن أفعال من يسأل عنهم ، بالمسئولية العقدية عن فعل الغير .

(٢) يذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن نص المادة ١٣٨٤ نص استثنائى يجب أن ينشأ بنص خاص . كولان وكابيتان جـ ٢ ص ٣٨٧ وبودرى وبارد ولاكنترى جـ ٤ نبذة ٨٩٥ ، وجاردنا سلمون رتشى المسئولية المدنيه ١٩٢٧ ص ٤٣٠

(٣) رينو : المرجع السالف الذكر ص ٣٨

وهذا ما دفعنا إلى التصدى لعلاج هذه المشكلة فى هذه الرسالة واضعين نصب أعيننا إدراك خطورة الضرورات الاقتصادية فى ترتيب الأحكام القانونية من جهة ، ووجوب المحافظة على القواعد القانونية العامة والاستناد إليها فى ترتيب هذه الأحكام من جهة أخرى .

ولعل من الميسور أن نلاحظ أن خطورة مسألة المسئولية على العموم أصبحت أبعد من أن تكون خطورة نظرية فحسب . فإن هذه المشكلة أضحت من أكثر المشاكل التى تثير الاهتمام العميق لدى الفقه والقضاء فى عصرنا الحديث وقد أصبح « من غير المشكوك فيه أن ما من مشكلة جذبت أنظار الفقهاء المعاصرين ووضعت موضع الامتحان روح النقد فيهم ومقدار كفايتهم فى الترتيب والتنظيم كمشكلة المسئولية . لم يكن شىء أكثر منها حدثا جديداً وأشد منها تعقيداً وأعظم منها ضغطاً وإلحاحاً ولا أزيد منها حيوية . وهى تحت فعل الحياة الحديثة الأكثر تطوراً نحو الآلية ونحو الاتساع تحاول أن تشغل العمود الفقرى للقانون المدنى وبالتالى كل فروع القانون ... القانون كله ... فى كل الأحوال وفى جميع الاتجاهات . فإليها يرجع فى القانون العام كما يرجع فى القانون الخاص ، فى نطاق الأشخاص والعائلة كما هى فى نطاق الأموال ، وهى فى كل لحظة وفى جميع الأوضاع قد أصبحت النقطة الحساسة العامة فى جميع أنظمتنا ، وليس هذا فقط بالنسبة للمسئولية التقصيرية التى توسعت وتوسع نطاقها إلى علاقات لم يكن يتصور فيها مجاوزتها إليها فى مدى نصف القرن الماضى . بل وبالنسبة للمسئولية العقدية التى أخذت طريقها فى التوسع بخطى عريضة وخصوصاً فى القضاء »(١) .

« والمسئولية قد بقيت حتى اليوم مشكلة من مشاكل النظام القانونى بل ومن أكثر هذه المشاكل دقة وخطورة ، وأن تعقيدها وما يتلاقفها من اعتبارات متضاربة هو الذى يجذب إليها أنظار القضاة والفقهاء الأكثر نباهة

---

(١) جوسران فى مقدمته لكتاب بران Brun فى المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية سيرى ١٩٣١

وحصافة ، ويمكن أن يقال أنها فى مختلف البلاد التى تأثرت بقانون نابليون هى المشكلة الوحيدة التى تقلق فى الحاضر وعلى الدوام جميع النفوس النافذة » [١] .

وقد درجت مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير على مدارج التطور وتركزت فى المجال القانونى عبر العصور تحت تأثير نفس المؤثرات والضرورات الاقتصادية التى أصابت وضع المسئولية بصورة عامة .

ونلاحظ أن وضع المسئولية عن الفعل الشخصى فى كلا الحالتين العقدية والتقصيرية إنما نضج فى العصور الحديثة بعد تطور طويل ، ولكنه كان قد استرعى الانتباه مع ذلك من قديم الزمن ، فالمسئولية عن الفعل الشخصى عبارة عن الجزاء على مخالفة أحكام قانون العقد لعدم تنفيذ الالتزام المفروض على عاتق المدين ، وعن الجزاء على مخالفة أحكام القانون نفسه للتقصير فى تنفيذ الالتزام المفروض على عاتق مرتكب الفعل الخطأ ، من عدم الاضرار بالغير ، فأساسها كما هو واضح يقوم على الخطأ الشخصى ، وإذن كان مما لابد منه أن تظهر صور تطبيقات هذه المسئولية عن الفعل الشخصى فى نصوص قانونية وأن تأخذ بها القوانين القديمة مضطرة إلى ذلك بحكم منطق سير الأشياء .

أما فيما يتعلق بالمسئولية العقدية عن فعل الغير التى نحن بصددها فإنها لم تقرر ولم ينص عليها بنص عام صريح إلا حديثاً جداً . وذلك كما يقول « سأروك » لأن الحاجة إلى مثل هذا النوع من المسئولية لم تظهر إلا فى وقت متأخر [٢] .

فقد كانت هذه المسألة مرتبطة أشد الارتباط بالطبقة العاملة والعمل ولهذا السبب لم يكن للمسئولية العقدية عن فعل الغير خطرها الحال فى الزمن الذى لم تتطور فيه الآلات ولم تتقدم فيه الصناعة . هذه الأمور التى لم تبدأ فى التطور إلا فى القرون الأخيرة أو على الأصح فى أواسط القرن السابع عشر عند بدأ النهضة الصناعية حيث بدأت مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير فى الحدة ،

---

(١) رينيه مارك فى مقدمة رسالة فان رين المرجع السالف الذكر : المسئولية التقصيرية والعقود سيرى ١٩٣٣

(٢) رسالة باريس ١٩٣٤ ص ٣٩ : المسئولية العقدية عن فعل الغير .

ووجدت الظروف التى يمكن أن يلقى فيها السؤال عن مدى مسئولية المتعاقد عن أفعال تابعيه وعماله وعن كل الأشخاص الذين يرتبطون معه بأى علاقة كانت أو أى ارتباط كان ، وهناك جذبت أنظار المشرعين فى بعض الدول التى نهضت فيها الصناعة والتقدم التجارى إذ بدت فيها الحاجة ملحة إلى علاج هذه المشكلة ، وشغلت الفقه والقضاء فى جميع البلاد بظهور التقدم العظيم للعلم والصناعة الآلية وشيوع المعاملات والتبادل التجارى وكل العوامل التى أدت إلى لجوء المتعاقدين إلى الأغيار يستعينون بهم على تنفيذ التزاماتهم التى أصبح من الصعب عليهم تنفيذها بأشخاصهم فحسب . وبذلك دفعتنا الضرورة الماسة فى تيارها لنحاول دراسة مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير فى القانون المقارن .

٣ — تحديد موضوع المسئولية العقدية عن فعل الغير

عموميات — معنى المسئولية العقدية عن فعل الغير :

أن ما تعنيه المسئولية العقدية عن فعل الغير كما قلنا هو مسئولية المدين فى التزام عقدى عن فعل شخص آخر غيره ممن يقومون مقامه فى تنفيذ هذا الالتزام أو ممن يساعدون فى تنفيذه ، أو عن فعل الأشخاص الذين يمارسون بالاشتراك مع المدين حقاً اكتسبه هذا الأخير بواسطة العقد ، وعلى وجه العموم كل من تربطه بالمدين رابطة قانونية وسلطة المدين على الشىء موضوع الالتزام وموضوع المسئولية ، وادى سلوك واحد من هؤلاء إلى الاخلال بالالتزامات التى يفرضها العقد على المدين .

والأمثلة على هذا كثيرة : فالعمال والمستخدمون لدى رب العمل عندما يكلفون بالقيام بتسليم شىء ما إلى المدين هم فى الحقيقة هم أنفسهم الذين يقومون مقام المدين فى التنفيذ ، وكذلك عمال ومستخدمى السكك الحديد مثلا إنما يقومون مقام إدارة السكك الحديد بتنفيذ الالتزام بنقل المسافرين والبضائع من محل إلى آخر ، وهكذا .

وقد يساعد رب العمل فى القيام بتنفيذ الالتزام بالتسليم أو بالصنع أو غير ذلك ، عمال ومستخدمون ، وهنا يشترك هؤلاء جميعا مع رب العمل فى تنفيذ الالتزام .

وقد يمارس بعض الأشخاص الحق الذى اكتسبه المدين بعقد ما ، فالمستأجر يشاركه عادة الانتفاع بالمأجور أولاده وتابعيه وغيرهم من الأشخاص ، وكل هؤلاء يمكن أن تثور بشأن أفعالهم التى تنال المأجور ، مسئولية المستأجر العقدية لصالح المؤجر .

وهذا هو الحال أيضا بالنسبة لمسئولية المستأجر عن أفعال المستأجر من الباطن أو المتنازل له عن الإيجار .

ويجب أن يكون معلوما أنه يفترض فى جميع هذه الحالات أن المدين نفسه خال من أى سبب يمكن أن يقضى إلى مسئوليته الشخصية بأن لم يرتكب هو نفسه أدنى خطأ يمكن أن ينسب إليه به مسئولية إحداث الضرر . وإلا أصبحنا أمام وضع آخر يختلف عن الوضع الذى نعالج فيه مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير ، هو وضع المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى ، وهذا ما سنزيده إيضاحا فيما يلى بعد أن تقوم بتحليل المقصود بالمسئولية العقدية عن فعل الغير بتحليل كل كلمة فى هذا الاصطلاح ، ولذلك سندرس بصورة موجزة ما يقصد بالمسئولية عموما ، ثم ما يراد بالمسئولية العقدية ، وأهم عناصر هذه المسئولية وهى الخطأ ، ثم نتكلم عن فعل الغير ، ثم عن العلاقة بين المسئولية عن الفعل الشخصى والمسئولية العقدية عن فعل الغير ، والمقصود بالغير الذى تقوم على أساسه التفرقة بين المسئوليتين ، ونخلص بعد ذلك إلى تحديد تام للمسئولية العقدية من فعل الغير .

(ا) كلمة حول المسئولية عموما :

« كل مسئولية إنما تنشأ عن اخلال بالتزام سابق فهى تجتمع على ضرر وتقصير وعلاقة سببية بين التقصير والضرر . وقد يختلف نوعها بعد ذلك باختلاف مصدر هذا الالتزام السابق : إذا كان مصدره الإرادة فهى مسئولية

عقدية وإذا كان مصدره القانون فهى مسئولية غير عقدية . ومحل المسئولية على احتلاف أنواعها هو إصلاح الضرر الواقع من جراء عدم تنفيذ الالتزام بما يقابله فى حدود الامكان ويكون ذلك عادة بالحكم على المخل بتعويضات تحل محل هذا التنفيذ ،

فالمعنى الفنى الدقيق للمسئولية فى فقه القانون إذن هو عبارة عن الحكم على من أخل بالتزام التزم به أن يعوض عن الضرر الناجم عن إخلاله بهذا الالتزام لا فرق بين أن يكون هذا الالتزام تعاقديا حيث يلتزم المتعاقد أن ينفذ فى الوقت المحدد وإلا فسيعتتر مسئولا ويحكم عليه بالتعويض وبين أن يكون هذا الالتزام تقصيرياً فيلتزم الفاعل بالتعويض نتيجة لإخلاله بالإلتزام القانونى المفروض على عاتقه من عدم الإضرار بالغير .

على أنه فى جميع هذه الأحوال — وهذا هو المبدأ العام — يجب أن تتوافر الأركان المقررة لقيام المسئولية على العموم وهذه الأركان هى بطبيعة الحال : (١) خطأ المدين (٢) ضرر للدائن (٣) علاقة السببية بين الخطأ والضرر .

فإذا انتفى خطأ المدين فلا مسئولية عليه ولا تعويض يمكن أن يحكم به قبله ، وكذلك الأمر إذا لم يتسبب بخطأ المدين ضرر للدائن ثم أنه إذا انقطعت علاقة السببية بين الخطأ والضرر انتفى السبب الذى من أجله يحكم على المدين بالتعويض لم يكن السبب فيه خطأه هو [١] . »

على أنه قد ترد على هذا المبدأ . مبدأ لا مسئولية بغير خطأعدة استثناءات تفرض فيها على المدين أن يعوض دون أن يرتكب هو نفسه أدنى خطأ ، وقد تتوافر مثل هذه الأحوال عند وجود عقد يربط المدين المسئول بالمتضرر

---

(١) بهجت بدوى . أصول الالتزامات ص ٤٠١ نبذة ٢٨٦ ونلاحظ فى هذه المناسبة أننا فيما يتعلق بالمسئولية من حيث مصدرها نؤيد الدكتور بهجت بدوى وغيرة من الكتاب فيما ذهبوا إليه من أن مصدر هذه المسئولية هو القانون نفسه وينطبق هذا الرأى — خاصة — على وضع المسئولية العقدية عن فعل الغير أن المسئولية مصدرها القانون ، وهو يفرضها بمناسبة العقد كما يفرضها بمناسبة الفعل الضار وبمناسبة غير ذلك من مصادر الالتزام .

وقد تتوافر مع انعدام العقد ، فى الحالة الأولى نكون أمام وضع من أوضاع المسئولية العقدية عن فعل الغير ، وفى الحالة الثانية نكون أمام وضع من أوضاع المسئولية التقصيرية عن فعل الغير .

(ب) المسئولية العقدية :

المسئولية العقدية عبارة عن إخلال المدين بالالتزام المفروض عليه بالعقد ، والحكم عليه بتعويض نتيجة لهذا الاخلال . ومما يميز هذه المسئولية عن المسئولية التقصيرية ، هو أنه فى حالة الاخلال بالالتزام التعاقدى يمكن أن يعنى القاضى بالنظر فى إمكان التنفيذ العينى للالتزام قبل الشروع ببحث تطبيق قواعد المسئولية العقدية .

أما فى حالة الاخلال بالتزام تقصيرى فلا يعنى بشىء من هذا ، ولا حيلة له إلا أن يحكم بالتعويض على مرتكب الفعل الضار بعد أن يكون قد أخل بالتزامه من عدم الإضرار بالغير ، وذلك لأن المسئولية التقصيرية تقوم بمجرد وقوع الفعل الضار إذا توافرت أركانها المعلومة .

إذن حيث تعرض المسئولية العقدية ونكون أمام عقد ما ، يمكن أن تثور مسألة إمكان تنفيذ الالتزام ، والبحث فى طرق التنفيذ ، قبل اللجوء إلى الحكم بتعويض للدائن أى قبل أن تثور مشكلة المسئولية العقدية .

فالمسئولية العقدية عبارة عن جزاء لعدم تنفيذ الالتزام الناشىء عن العقد الذى انعقد بين الطرفين : الدائن والمدين ، ونتيجة للقوة الإلزامية للعقد يجب على المدين أن ينفذ ما تعهد به : فإذا لم يقم بذلك بإرادته التامة وبرضاه الكامل فيستطيع الدائن فى بعض الأحوال أن يجبره على التنفيذ بالقوة ، والحصول ضد رغبة المدين على ما كان قد تعهد به هذا الأخير ، وهذا هو التنفيذ العينى أو التنفيذ المباشر للالتزام .

على أنه إذا لم يستطع الدائن رغم التجائه إلى كافة الوسائل للحصول على هذا

التنفيذ العينى المباشر ، هنا نكون أمام حالة عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى الذى يمكن أن يثور بشأنه بحث مشكلة المسئولية العقدية[١] .

فإذا لم ينفذ المدين التزامه العقدى اختياراً فللدائن أن يطلب تنفيذ هذا الالتزام جبراً على المدين تنفيذا عينياً ، وما دام هذا التنفيذ ممكناً لا يجوز للمدين أن يحرم الدائن منه فيعرض عليه دفع مبلغ من المال تعويضاً عنه . أليس من المبادىء التى تحكم العقد أن الاتفاق قانون المتعاقدين ؟ وهل هناك إخلال بقانون العقد أكثر من تغيير محل الالتزام واستبدال التعويض بالتنفيذ العينى[٢] ؟

كذلك فإن حق الدائن يقع على الشىء الموعود ، وما دام التنفيذ العينى ممكناً فلا يجوز له أن يعدل عن الشىء الموعود إلى المطالبة بتعويضات . إذن ما دام هذا التنفيذ العينى ممكنا لا تعرض مسألة المسئولية العقدية . إنما تعرض هذه المسائل عندما يصبح التنفيذ العينى مستحيلا[٣] إذ عندئذ — لا قبل ذلك — نتساءل عما إذا كان المدين مسئولا عن استحالة هذا التنفيذ فيحكم عليه بالتعويضات المقابلة للتنفيذ العينى ، أو إذا كان غير مسئول لانتفاء الضرر ، أو لأن فعله المتسبب فى الضرر ليس بفعل تقصيرى ، أو لأن الضرر الناجم على عدم تنفيذه يرجع إلى سبب أجنبى فتبرأ ذمته .

على أنه ليس من الميسور دائماً التمييز بين أحوال التنفيذ العينى وأحوال التنفيذ بمقابل أى بدفع تعويضات . لا صعوبة إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من المال أو تسليم عين معينة بذاتها ، فى هذه الأحوال ينفذ الدائن على أموال المدين لاستيفاء المبلغ أو يتسلم العين بذاتها جبراً ما دامت موجودة على ملك المدين ولم يتعلق بها حق للغير ، وما من شك فى أن هذا تنفيذ عينى للالتزام . كذلك لا صعوبة إذا كان محل الالتزام فعلا متعلقاً بشخص المدين كنحت تمثال أو عمل

---

(١) ستيفانى — المرجع المشار إليه سالفاً ص ٥

(٢) تقضى المادة ١٢٤٣ فرنسى — وحكمها عام بأنه ليس للمدين أن يعرض الوفاء بشىء آخر غير الذى تعهد به حتى ولو كان أكثر قيمة . راجع بهجت بدوى : المرجع السالف : أصول الالتزامات ص ٤١٣ نبذة ٢٩٢

(٣) نقض بلجيكى فى ١٩١٩/٣/٦ الباسيكريزى ١٩٢٢ — ١ — ٨٠ و ١٩٢١/٣/١٧ الباسيكريزى ١٩٢١ — ١ — ٢٩٨ و ١٩٢٢/١١/٢٨ الباسيكريزى ١٩٢٢ — ١ — ٢٥٥ مشار إليها فى بهجت بدوى — أصول الالتزامات ص ٤١٣ الهامش .

صورة زيتية . هنا امتناع الدائن يجعل التنفيذ العينى مستحيلا ولا سبيل إلى إجباره على هذا التنفيذ فلا يبقى إلا الحكم بتعويض .

على أن محل الالتزام قد يكون عملا لا يتعلق بشخص المدين أو تسليم أشياء معينة بنوعها ، فلا ينفذ المدين ، فيحصل الدائن على إذن المحكمة لعمل ما تعهد به المدين على مصاريفه أو بشراء هذه الأشياء على حسابه [١] .

ومن ناحية أخرى فإن تأخير المدين فى تنفيذ الالتزام يؤدى إلى الحكم عليه بتعويضات . ذلك لأن التنفيذ العينى كان يفترض تنفيذ الالتزام فى وقت معين إذ الوقت عنصر هام فى تنفيذ الالتزام وما دام هذا الوقت قد فات فالتنفيذ العينى بمعناه الدقيق أصبح مستحيلا ولن يحل محله التنفيذ المتأخر [٢] . لذلك يلزم المدين فى حالة التأخير بتعويضات ، وتتحرك مسألة المسئولية [٣] .

فالمسألة تتحدد إذن على الوجه الآتى :

فى كل مشكلة تتعلق بعدم تنفيذ التزام تعاقدى ويلجأ فيه الدائن إلى القضاء ، ينظر القاضى إذا كان هناك مجال لتنفيذ الالتزام جبرا على المدين أم لا . فإذا وجد ذلك ممكنا أمر به رغما عن المدين على حسابه ومصاريفه ، وإذا لم يجد التنفيذ العينى ممكنا ثارت مشكلة المسئولية العقدية ، وهى بالذات الحكم على المدين بتعويض يقوم مقام تنفيذ الالتزام ، ويجرى البحث عندئذ عن قيام المسئولية بتوافر عناصرها الثلاثة الآنفة الذكر وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، أو عدم قيام هذه المسئولية لتخلف أحد هذه الأركان الثلاثة .

على أن أهم هذه الأركان الثلاثة من حيث أهميتها والخلاف حولها وتعقيدها هما ركن الخطأ وركن السببية وعلى الخصوص فيما يتعلق بالمسئولية التى نحن بصددها وهى المسئولية العقدية .

---

(١) م ١١٧ قديم — م ٢٠٥ جديد م ١١٤٤ فرنسى .

(٢) على أنه يجب أن يلاحظ أن هذا الأمر هو من المسائل الموضوعية التى يقضى القاضى فيها بحسب كل حالة طبقاً لظروفها الخاصة .

(٣) بهجت بدوى : المرجع السالف الذكر ص ٤١٣ والمراجع المشار إليها فيه . فينى : المسئولية والقوة القاهرة مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٥ ص ٢٨ وما بعدها .

(ح) الخطأ فى المسئوليه العقدية :

يصرف النظر عما تذهب إليه قلة فى الفقه من إنكار أن يكون الخطأ ركنا من أركان المسئولية العقدية وذلك على أساس النظرية الشهيرة بتحمل التبعة فإن الثابت فقها وقضاء فى التشريعات اللاتينية والتشريعات الجرمانية على السواء أنه يلزم لقيام المسئولية العقدية أن يتوافر فيها ركن الخطأ أى ركن التقصير [١]

على أن تضارب نصوص القانون المدنى الفرنسى فيما يخص قيام ركن الخطأ، وعلى الأخص التناقض الظاهرى القائم بين نص المادة (١١٣٧) ونص المادة (١١٤٧) أدى إلى إثارة أشد الخلاف حول تحديد مضمون هذا الركن، وامتد الخلاف إلى مصر بالرغم من اختلاف نص المادة (٣٥٧/١١٩) من القانون القديم عن نص المادة (١١٤٧) الفرنسية [٢] ثم أحيا القانون المدنى الجديد هذا التناقض الظاهرى بإيراده للمادتين (٢١١و٢١٥) على الوجه الذى سيقت به هاتان المادتان فى هذا القانون [٣].

تنص المادة (١١٣٧) على أن الالتزام بالمحافظة على الشىء . . . يفرض على الملتزم أن يبذل فى المحافظة عليه عناية رب الأسرة .

وتنص المادة (١١٤٧) : على أنه يحكم على المدين بالتعويضات إذا كان لذلك محل ... مالم يثبت أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه ...
وتنص المادة (٢١١) على أنه فى الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين

---

(١) ويختلف فى ذلك القانون الإنجليزى إذ أنه لا يعفى المدين من التزامه ويحكم عليه بالتعويض حتى فى حالات القوة القاهرة . فالحادث الفجائى لا يكون عـذراً لعدم التنفيذ مهما كان (Sir Frédric Pollock الجزء الخامس) مذكور فى كتاب : التطابق بين القوانين الأجنبية وقانون نابليون لسانت جوزيف باريس ١٨٥٦ مادة ٦٠٠ . على أن القضاء الإنجليزى قد خفف من هذه القسوة فى أحكامه بوسائله الفنية الخاصة . راجع سليمان مرقص المرجع السالف ص ١٠٤

(٢) كان من رأينا فى ظل القانون القديم اشتراط الخطأ لما هو وارد فى المادة ١١٩، وكنا نرى تفسير هذا النص على نحو يخالف تفسيرنا للمادة ١١٤٧ الفرنسية أو المادة ٢١٥ من التقنين الحالى وكنا نرى أن نص المادة ١١٩ قد سلم من التناقض الذى وقع فيه المشرع الفرنسى على النحو الذى وردت فيه المادتان ١١٣٧، ١١٤٧

(٣) نقل المشرع العراقى فى القانون المدنى نص المادة ٢١١ فى المادة ٢٥١ ونص المادة ٢١٥ فى المادة ١٦٨ وبذلك ينفتح باب الخلاف هناك أيضاً حول هذه المسألة .

أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود . . .

وتنص المادة (٢١٥) على أنه : إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم وفائه بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر فى تنفيذ التزامه .

ويتضح فى الظاهر من هذه النصوص أن المادة (١١٣٧) والمادة (٢١١) تشترطان الخطأ لقيام المسئولية العقدية ، فى حين أن المادتين (١١٤٧ ، ٢١٥) لا تشترطان ركن الخطأ لقيامها . إذ يكفى فيهما قيام ركن السببية بين الضرر وفعل المدين لنشوء المسئولية العقدية .

فكيف يمكن إذن حل هذا التناقض الظاهرى القائم بين هذه النصوص ؟

ذهب بعض الشراح فى فرنسا (١) إلى أن المادة (١١٣٧) هى استثناء للقاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة (١١٤٧) ، فهى تتعلق بحالة الالتزام بالمحافظة على الشيء فقط ، فيسأل المدين حين لا يبذل فى تنفيذ التزامه هذا العناية المطلوبة ... عناية رب الأسرة . أما فيما عدا ذلك فى الأحوال فإن حكم المادة (١١٤٧) هو القاعدة العامة فى وجوب إثبات السبب الأجنبى فقط للتخلص من مسئولية عدم الوفاء بالالتزام .

على أن هذا الرأى يصطدم بنية المشرع الفرنسى التى يمكن أن نتبينها من نصوص الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الفرنسى حيث كان الرأى قد جرى على تطلب ركن الخطأ كقاعدة عامة ركنا فى المسئولية العقدية (٢) .

ولما كان ما ذهب إليه هؤلاء الشراح قد رد بما تقدم ، فقد تعين أن تفسر النصوص المتناقضة — فى الظاهر — تفسيراً آخر . وقد كانت أهم النظريات

---

(١) كولان وكابيتان الطبعة ٨ جزء ٢٢ نبذة ٧٩ . جوسران : دروس فى القانون المدنى الوضعى الفرنسى الطبعة ٢ جزء ٢ نبذة ٦١٣

(٢) راجع مازو : المرجع السالف الذكر ط ٣ ج ١ ص ٥٧ نبذة ٥١ وما بعدها .

التى وردت فى هذا الشأن هى نظرية تقسيم الالتزامات بنتيجة والتزامات بوسيلة (أو بعناية كما يطلق عليها بعض الكتاب[١]) ، وهذا ما يحدونا إلى مناقشة هذه النظرية بصورة تفصيلية .

وتقوم هذه النظرية على الأسس الآتية :

١ — استبعاد نص المادة (٢١١/١١٣٧) من النزاع على اعتبار أنه يتعلق بتحديد مضمون الالتزام بالمحافظة على الشىء ببذل عناية الرجل العادى ، ولا علاقة له بوضع المسئولية العقدية بأى حال من الأحوال .

٢ — يعترف أنصار هذا التقسيم بضرورة قيام الخطأ كركن من أركان المسئولية العقدية[٢] على أنهم يقولون بأن الخطأ فى المسئولية العقدية عبارة عن عدم الوفاء بالتعهدات التى أخذها المدين على نفسه بالعقد ، ولذلك فإن مجرد عدم التنفيذ عبارة عن خطأ لا يرتكبه الرجل العادى والذى تتطلب منه العناية اللازمة : عناية رب الأسرة أن يقوم بتنفيذ التزامه ، فإذا لم يقم بتنفيذ هذا الالتزام فإنه يكون قد وقع فى الخطأ وتتحقق بذلك مسئوليته ، ولا يستطيع أيضاً أن ينفى عنه هذه المسئولية إلا إذا أثبت انقطاع السببية بين الضرر وفعله وذلك لأن هذا الخطأ ثابت ومتحقق faute prouvée et réalisée[٣] .

فلا يستطيع المدين أن ينفيه بإثبات أنه قد بذل الجهد دون جدوى للوصول إلى تنفيذ الالتزام .

٣ — تقسيم الالتزامات إلى نوعين : النوع الأول هو الالتزامات التى يلتزم فيها المدين بتحقيق نتيجة معينة بصرف النظر عن الوسائل التى يتطلبها تحقيق هذه النتيجة . والنوع الثانى هو الالتزامات التى يلتزم فيها المدين بتهيئة الوسائل فحسب للوصول إلى تحقيق النتيجة من غير أن يلتزم بتحقيق النتيجة ذاتها .

---

(١) أول من قال بهذه النظرية الفقيه « ديموج » جـ ٥ نبذة ١٢٣٧ وأيدها فقهاء آخرون منهم على الخصوص « مازو » المرجع المشار إليه أعلاه ص ٦١٤ وما بعدها . ومقال لهنرى مازو : المجلة الفصلية للقانون المدنى الفرنسى ١٩٣٦ ص ١ وما بعدها . وفان رين ص ١٨ وما بعدها . وفى مصر حشمت أبو ستيت . المرجع المذكور سالفاً ص ٢٧٥ وما بعدها . السنهورى : الوسيط ٦٠٩ وما بعدها . والدكتور سليمان مرقص — رسالة القاهرة ص ٩٤ وما بعدها .

(٢) راجع فان رين المرجع السالف الذكر ص ١٧

(٣) مازو جـ١ ص ٧٠٥ الطبعة الثانية .

٤ — ويبنى على ذلك فيما يخص وضع المسئولية العقدية أنه فى الحالة الأولى — حالة الالتزام بنتيجة — يسأل المدين عن عدم تحقق النتيجة أى عن عدم تنفيذ الالتزام ، ولا يستطيع التخلص من المسئولية بإثبات أنه قد بذل — دون فائدة — الجهد اللازم لأجل بلوغ تلك الغاية ، وأنه فى الحالة الثانية — حالة الالتزام بوسيلة — يمكنه التخلص من عبء المسئولية عن عدم تحقق النتيجة بإثبات قيامه بالجهد المطلوب . لأنه فى الحقيقة — كما يقرر أنصار هذه النظرية — أننا إذا توخينا المعنى الدقيق فى مثل هذه الالتزامات نجد أن المدين لم يلتزم بغير بذل الجهد وقد أوفى به وبإثبات القيام به يكون قد أوفى بنفس الالتزام المفروض عليه .

٥ — ويترتب إذن على هذا أنه يمكن رفع التناقض القائم فى نصوص القانون المدنى الفرنسى والقانون المدنى المصرى بتعيين نوع الالتزام الذى تفرضه كل مادة من مواد القانون ، وتقرير إمكان التخلص من عبء المسئولية إما بإمكان إثبات انقطاع رابطة السببية فحسب أو بإمكان نفى الخطأ بإثبات القيام بالوفاء بالالتزام أيضاً على حسب الأحوال .

وإذ بقيت هذه النظرية غريبة فى القانون الفرنسى فذلك لأنها نظرية حديثة ولم يهتم القضاء الفرنسى بالإشارة إليها إشارة صريحة كما هو واضح من أحكامه ، إلا أنها قد نجحت فى التسلل إلى ذهن مشرع القانون المدنى الجديد وبالتالى فقد أخذت طريقها فى أحكام القضاء المصرى الحديث[١] .

---

(١) لا تظهر فى أحكام المحاكم الفرنسية نظرية تقسيم الالتزامات إلا فيما تشير إليه هذه الأحكام أحيانا من التفرقة بين مضمون الالتزامات فى قسم من العقود كعقود النقل بنوعيه وعقود المعالجة الطبية وغيرها التى يثار النزاع فيها عادة عن وجود التزام بضمان السلامة . ويقرر القضاء الفرنسى إنه فى بعض الحالات يكون مضمون الالتزام عبارة عن ضمان سلامة المدين وفى الحالات الأخرى يكون مضمون الالتزام هو بذل العناية والتبصر الكافى فحسب دون ضمان سلامته فعلا . راجع مازو ج ١ ص ١٦٧ وما بعدها فى تفصيل هذه الأقضية .

ومن ناحية القضاء المصرى حكمت محكمة استئناف اسكندرية فى حكم حديث بالآتى : إن الخطأ فى المسئولية العقدية هو بذاته واقعة الإخلال الذى يتكون منها وينحصر فيها عدم تنفيذ الالتزام وذلك طالما لم يثبت الملتزم قيام السبب الأجنبى الذى يدعى به وفى هذه الحالة يتبين أن تلك الواقعة وحدها هى كل مايتعين على طالب التعويض إثباته وأنه متى ماقام بإثباتها فإنه يكون قد أثبت الخطأ =

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية :

« ومع ذلك فينبغى التنويه بأن المادة (٢١٢ من المشروع ١٥/ من القانون الجديد) ينصرف نصها إلى الالتزام العقدى بوجه خاص . فيتعين الحكم على المدين بالتزام عقدى بوجوب الوفاء عيناً إذا طلب الدائن ذلك إلا أن يكون هذا الوفاء قد أصبح مستحيلا . وعلى هذا يفترض التخلف تقصير المدين أو خطأه . فإذا أراد أن يدفع التبعة عن نفسه فعليه يقع عبء إقامة الدليل على أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه كحادث فجائى أو قوة قاهرة أو خطأ من الغير أو خطأ الدائن نفسه ، فإذا لم يقم المدين الدليل على السبب الأجنبى كان ملزماً بالتعويض » وتستطرد المذكرة الإيضاحية فى مكان آخر : « ويراعى أن المدين لا يطالب بإثبات السبب الأجنبى فى الالتزام بالمحافظة أو بالإدارة أو بتوخى الحيطة فى تنفيذ ما التزم به ، بل يكفى أن يقيم الدليل على أنه بذل عناية الشخص المعتاد ولو لم يتحقق الغرض المقصود (المادة ٢٢٨) من المشروع . بيد أن المدين فى هذه الحالة لا يقال من مسئوليته عن التزام تخلف عن تنفيذه دون أن يكلف إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبى وإنما هو قد أوفى على نقيض ذلك بما التزم به وأثبت هذا الوفاء بإقامة الدليل على أنه بذل كل العناية اللازمة فإن لم يكن قد بذل هذه العناية عد متخلفا عن الوفاء بما التزم به ولا ترتفع عنه المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبى[1] .

نقد هذه النظرية :

إذا وضعنا نصب أعيننا المبادئ التى تحكم العقد فى آثاره وطرق إثباته أمكننا أن نفرق :

= الذى تبنى عليه مسئولية الملتزم. أما ما يتحقق به وجود الإخلال بالالتزام حتى يمكن القول بثبوته فإنه بالنسبة للالتزام بغاية ينحصر فى مجرد فعل الإخلال ذاته أى عدم تنفيذ ما التزم به الملتزم دون نظر إلى ما قد يدعى بإنه قد بذل من جهد أو عناية أو احتياط لتحقيق الغاية التى تعهد بها لأن هذا إنما يكون بالنسبة للالتزام بوسيلة حيث يقوم ثبوت الإخلال به على ما يبين من سلوك الملتزم ومطابقته لما يسلكه الرجل الحريص . استئناف الاسكندرية ٥/٢/١٩٥٠ محاماة ٣٠ رقم ٢٧٦ ص ٥٠١

(١) الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٥٤٢ وما بعدها .

(ا) بين مشكلة تحديد مضمون الالتزام التعاقدى وبين وضع المسئولية العقدية .

(ب) بين وضع إمكان التنفيذ فى الالتزام العقدى وبين وضع استحالة هذا التنفيذ .

(ح) بين وضع الضمان الذى يلتزم فيه المدين بالتعويض بصرف النظر عن الخطأ وجودا وعدما وبين وضع المسئولية العقدية .

(ى) بين البحث فى أركان المسئولية العقدية والبحث فى قواعد إثبات هذه الأركان .

فإذا أخذنا كل هذه المسائل بنظر الاعتبار أمكن أن نقدر نظرية تقسيم الالتزامات إلى التزامات بنتيجة والتزامات بوسيلة تقديراً صحيحاً .

١ — أنه من الصائب تماما أن يتحدد مضمون الالتزام التعاقدى قبل الشروع فى بحث مشكلة المسئولية العقدية . فيجب مقدما أن نعرف ما هو بالضبط مضمون العقد وما يحتوى عليه هذا العقد من التزامات حتى نستطيع أن نقدر على وجه صحيح ما إذا كان المدين قد نفذ أم لم ينفذ . وهذا ما عملت على تحقيقه هذه النظرية[١] . غير أنها حاولت هذه المحاولة لتصل إلى غرض خاص . ذلك أن هذه النظرية أرادت أن تقحم نص المادة (١١٣٧ ف — ٢١١ مصرى) فى هذا المجال مع محاولتها أن تقصر هذا النص فى التفسير على أنه قد سيق لبيان مدى التزام المدين فى حالة المحافظة على الشىء ليصل بها هذا إلى محاولة نفى تعلق هذا النص من أى طرف بالمسئولية العقدية .

ومن رأينا أن هذه المادة هى التى وضعت أولا المعيار الصحيح للخطأ العقدى ، ذلك المعيار الوحيد الذى خرج من كل معارك النقد حول تعريف الخطأ سالما صحيحاً .

ثم أن الذى يقول بأن هذه المادة إنما اقتصرت فقط على إيضاح مضمون الالتزام بالمحافظة على الشىء وبيان مدى هذا الالتزام لا يستطيع أن ينكر أنها

---

(١) قارن مازو : المرجع السالف الذكر جزء ١ نبذة ١٥٥ ص ١٣١ وما بعدها ط ٣ وبران Brun المرجع السابق الذكر نبذة ١٥

قد بينت فى الوقت نفسه وبجلاء عن طريق دلالة المفهوم المخالف ، الجزاء الذى يترتب على عدم التزام المدين لعناية الرجل العادى فى تنفيذ التزامه التعاقدى وبذلك دخلت هذه المادة فى نطاق المواد التى تحكم المسئولية العقدية بتحديد الأركان الضرورية لقيام هذه المسئولية .

هذا وأن بعض الفقهاء الذين يؤيدون هذه النظرية يذهبون هم أنفسهم إلى القول بأن المعيار الذى وضعته هذه المادة هو وحده المعيار الذى يحكم المسئولية العقدية ، وينطبق على حالات الالتزام بوسيلة وحالات الالتزام بنتيجة على السواء . فالأستاذان « مازو » أنفسهما يقولان إن معيار الخطأ العقدى فى الإلتزام بتحقيق غاية هو بعينه معيار الخطأ التقصيرى . فعدم تحقق الغاية المتفق عليها يعد انحرافا عن السلوك المألوف للرجل المعتاد[١] ويقول الأستاذان : إنه فى اللحظة التى يعقد فيها المدين عقداً ما ويلتزم بموجبه التزاماً بنتيجة يجب عليه أن ينفذ التزامه هذا . وإذا لم يفعل فإنه لم يسلك كما يجب ، ويرتكب بذلك خطأ ، وإذا كان من المحقق أن الشخص البصير هو الذى يتصرف وفق القواعد التى يضعها المشرع ، فأولى بهذا الشخص أن يتصرف وفق القواعد التى وضعها هو لنفسه فى عقد عقده بنفسه[٢] .

وعندى أن هذه المادة بالمعيار الذى وضعته تحكم نص المادة (١١٤٧ ف/٢١٥ مصرى) ذاته من جميع الوجوه . فإن معيار الرجل العادى يلعب دوره أيضاً حتى فى الحالات التى يتطلب فيها تقدير عناصر القوة القاهرة أو السبب الأجنبى على العموم : عدم توقع السبب l'inprévisibilité وعدم القدرة على دفعه l'inévitabilité فتقدير كيفية عدم استطاعة المدين أن يتوقع السبب الأجنبى تخضع لمعيار رب الأسرة المعتاد : الرجل العادى المتوسط الحرص كما تخضع مسألة عدم استطاعة المدين دفع السبب الأجنبى فى تقديرها إلى هذا المعيار . والقاضى عندما يتدخل لفحص الظروف التى تتأثر بها هذه العناصر التى يقوم عليها السبب الأجنبى إنما يسترشد بمعيار السلوك المعتاد للرجل العادى .

---

(١) مازو ج ١ نبذة ٦٧٣ — مشار إليها فى الوسيط هامش ص ٦٥٩

(٢) « ج ١ ص ٧٠٣ و ٧٠٤ ط ٣

٢ — والذى قد يبدو من ظاهر كلام بعض أنصار هذه التفرقة يبعث على الوهم فى الخلط بين حالة الامتناع عن التنفيذ وبين حالة استحالة التنفيذ فعندما يقول مازو إن انتفاء الخطأ والحادث الفجائى أمران متطابقان ، وعندما يقول « فان رين » إن المدين فى الالتزام بنتيجة يسأل بمجرد عدم الوفاء بالالتزام إذ يعتبر هذا العمل خطأ ثابتاً أو متحققاً وهو فى هذا ينحو منحى الأستاذين مازو[1]. فإن ذلك قد يدعو إلى الظن بأن المسألة هى فى امتناع المدين عن تنفيذ التزامه التعاقدى على الاطلاق سواء كان سبب هذا الامتناع هو الامتناع مع إمكان التنفيذ أو كان نتيجة لاستحالة هذا التنفيذ .

والحقيقة أنه إذا أحسن وضع المسألة فقد يمكن أن يؤدى إلى مزيد من الفهم والإدراك يجلو ما يكتنف — مشكلة المسئولية — من صعوبة وتعقيد .

ولو قام فى الذهن تماماً وجوب ربط مشكلة المسئولية العقدية بمسألة بمسألة استحالة التنفيذ لأمكن القول بأنه ما دام التنفيذ ممكناً على أية صورة من صور الإمكان فلا محل للبحث فى مشكلة المسئولية العقدية .

والالتزامات لا تخلو من أن تكون التزامات بعمل أو بالامتناع عنه أو بأداء شىء . ففيما يتعلق بحالة الالتزام بعمل إذا كان من قبيل الالتزامات بنتيجة كالتزام فنان برسم لوحة . ليست المسألة فيما يتعلق بالمسئولية فى أن الفنان قد امتنع عن القيام بالالتزام الذى تعهد به فإن الذى لا جدال فيه أنه متى ما كان قادراً على أداءه أجبر بكافة طرق الإكراه للوصول إلى التنفيذ العينى . ولكن المسألة تدق فيما لو استحال التنفيذ هنا تثور مشكلة المسئولية ، ويقوم النزاع حول كيفية الإثبات وكيفية التخلص من عبئها . ويقوم حول هذه المسألة فرضان :
الفرض الأول أن يرجع عدم التنفيذ إلى سبب أجنبى وفى هذه الحالة يبرأ

---

(١) راجع فان رين نبذة ١٤ ص ١٨ وما بعدها ومازو ج ١ ص ٧٠٥ نبذة ٦٦٩٠ — ٢ وهـذا ما أدى إلى أن يقول الدكتور وديع فرج : فالمدن الذى يلتزم بدفع مبلغ من النقود لا يلتزم بمجرد بذل جهده فى هذا السبيل بل يلتزم بدفع المبلغ ويسأل إذن إذا لم يدفع المبلغ مهما ادعى من أنه قد بذل أقصى جهده فى هذا السبيل ولم يستطع التنفيذ « وديع فرج — محاضرات فى القانون المدنى سنة ٤٨ — ٤٩ على طلبة كلية الحقوق — دار النشر للجامعات ص ٢٩١ » ... أين امكان التنفيذ العينى فى مثل هذه الأحوال من مشكلة المسئولية ؟!

الفنان من عبء المسئولية . ولكن الأمر يشكل عند الفرض الثانى . فى حالة ما إذا استحال عليه رسم اللوحة نتيجة لفعله غير الخطأ ، وهو موضع الخلاف .

وفيما يتعلق بصور الامتناع عن عمل ، والالتزامات فيها دائماً من أنواع الالتزام بنتيجة يمكن تصوير المسألة على الوجه الآتى : ما الحكم إذا ما أخل المدين بالالتزام بالامتناع عن عمل فأتاه . هل يطلب منه لكى يتخلص من المسئولية أن يقيم الدليل على السبب الأجنبى الذى لا يد له فيه ، أم يستطيع أن يتخلص من المسئولية عندما يقيم الدليل على أنه قد أخل بالتزامه لداع من الدواعى المقبولة ؟ .

وفى الصورة الأخيرة فيما يتعلق بالالتزام بالتسليم كما إذا افترضنا أن شخصاً باع عربة معينة بالذات ، وأقام المشترى الدعوى بطلب التسليم ، فمن الطبيعى أنه لا يجوز للبائع أن يدفع دعوى المشترى بحجة أنه لم يخطىء فى عدم تسليمه العربة ما دامت قائمة موجودة ولم يقل أى شخص على شىء من العلم بالقانون بأن المدين يستطيع أن يتخلص من عبء المسئولية ويتخلص فى الوقت نفسه من التزامه بتسليم العربة ويأخذ على هذا الوضع أموال المشترى بغير وجه حق وذلك بالسماح له بإثبات أنه لم يخطىء فى عدم التسليم [1] .

على أن الأمر يختلف فيما لو هلكت العربة محل البيع فى يد البائع . فهنا يمكن أن يثور النزاع فى هل أن البائع مع تحمله تبعة هلاك العربة ملزم بتعويض المشترى عن الضرر الذى يصيب هذا الأخير من جراء عدم التسليم ، ويقوم التساؤل فى هل أن المدين لا يستطيع أن يتخلص من عبء المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبى ، وفى هل أنه يجب أن يتحمل فى الظروف الأخرى تبعة المسئولية بأداء التعويض بالإضافة إلى تبعة الهلاك وذلك بمنعه من إثبات نفى الخطأ عن نفسه إذا لم ترق هذه الظروف إلى درجة السبب الأجنبى — كأن يكون الهلاك ناشئاً عن فعله غير الخطأ . . . ذلك الفعل الذى يمكن أن يرتكبه الرجل المعتاد

(١) هذا على فرض ألا يبدى البائع استعداده للتسليم تحت شروط من حقه أن يطلبها قانوناً كالدفع بعدم التنفيذ مثلا ، وهذا ما يخرج عن الموضوع الذى نعالجه فى المتن .

وتنص المادة (٤٣٧) من القانون الجديد على أنه « إذا هلك المبيع قبل التسليم ولسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن . » فهل هذا يعنى أن البائع يسأل عن هلاك المبيع بفعله غير الخطأ ويؤدى التعويض إضافة إلى انفساخ البيع ورده الثمن إلى المشترى ؟

هذا هو الوضع الطبيعى للمشكلة .

ولذلك قلنا أيضاً أنه يجب أولا قبل كل شىء أن تبحث امكانية تنفيذ الالتزام عينا . فإذا ما تقرر عدم إمكان التنفيذ العينى هنا — وهنا فقط — تدخل المشكلة فى حيز البحث عن أركان المسئولية العقدية .

وعلى ذلك فى جميع حالات الالتزام بدفع مبلغ من النقود — التى يدعى بعض أنصار نظرية التفرقة بين الالتزام إلى التزام بتحقيق نتيجة والتزام بعناية — أنها من قبيل الالتزامات بتحقيق نتيجة . يجب أن نستبعد من النزاع حول مشكلة المسئولية العقدية .

٣ — ثم أن من يستعرض ما يراه بعض أنصار هذه التفرقة بين أنواع الالتزامات يخرج بحكم وهو أن هؤلاء الفقهاء يخلطون بين وضعين من أوضاع القانون مختلفين هما وضع المسئولية ووضع الضمان . فأن فان رين «van Ryn» (١) مثلا يحشر كثيرا من حالات الضمان كضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق فى أوضاع المسئولية (٢) .

وإذا صح أن المدين يسأل فى مثل هذه الحالات عن عدم تحقيقه للنتيجة المعينة فإن هذا راجع إلى أن ذلك قد فرض عليه نتيجة لضمانه بحكم العقد أو بحكم القانون وهذا يجرد الأمر من مشكلة المسئولية ومن مشكلة الخطأ من

---

(١) المرجع السالف الذكر ص ٢٠ وما بعدها .

(٢) مثل ذلك التزام المعهد عن الغير بالحصول على رضا المعهد عنه ، وقد قدمنا أنه فى مثل هذه الحالة لا مجال لبحث مشكلة المسئولية عن فعل الغير ما دام المتعاقد قد ضمن صراحة قيام المتعهد عنه بالتنفيذ .

عدمه ، وفى كثير من الأحوال من مشكلة القوة القاهرة والحادث الجبرى أيضاً[١]

فهل يهم المشترى عندما يرد المبيع بعيب خفى أن هذا العيب كان قد حصل نتيجة لخطأ البائع أم بسبب القوة القاهرة ؟ [٢]

٤ — ثم نصل أخيراً إلى الأساس الخطير والنتيجة المهمة التى أقيمت لأجلها نظرية التفرقه بين الالتزامات . فلقد اعتبر القائلون بهذه النظرية عدم تنفيذ التعهد علامة أكيدة على خطأ المدين ، وربطوا مشاكل وسائل إثبات ركن الخطأ وطرق إثبات ركن سببية بمشكلة الخطأ نفسه كركن من أركان المسئولية العقدية . وقد ذهبوا إلى أن عدم الوفاء يعتبر خطأ تعاقديا إذا لم يكن ناشئا عن سبب أجنبى وإلى أن القانون قد أنشأ ضد المدين قرينة على عدم الوفاء وأخرى على انتفاء السبب الأجنبى وإلى أن دائرة السبب الأجنبى ودائرة انتفاء الخطأ متحدتان . ولكن إذا كان من الصواب القول بأن عدم الوفاء بالالتزام هو بنفسه الخطأ العقدى فإن فى بناء تحقق هذا الخطأ على انتفاء السبب الأجنبى وانتفاءه على قيام هذا السبب ليؤدى إلى الخلط بين ركنين مستقلين من أركان المسئولية هما الخطأ وعلاقة السببية [٣] .

وبعد فما هو مدى علاقة نظرية تقسيم الالتزامات إلى الالتزامات بتحقيق نتيجة والتزامات ببذل عناية بنفس مشكلة المسئولية العقدية ، وهل نجحت هذه النظرية فى تقديم حل جديد يلقى الضوء على مافى هذه المشكلة من غموض ؟ وإذا كانت النظرية قد جاءت بمثل هذا الحل فهل هو من صميم هذه النظرية أعنى هل هو مما يتطلبه منطق تقسيم الالتزامات إلى أنواع أم هو خارج عنها وأقحم عليها اقحاما ؟ .

وفى الحق أن السبب الذى دار من أجله كل الخلاف حول مشكلة الخطأ

---

(١) مازو — المرجع السالف الذكر ج ١ ص ٧٠٤ نبذة ٧٠٤ — ٢ وراجع فى تفصيل ذلك دكتور سليمان مرقص حيث نقلنا عنه هذه الفقرة . المرجع السالف الذكر ص ٩٦

(٢) ستارك Strark نظرية المسئولية المدنية على ضوء الضمان والعقوبة الخاصة باريس ١٩٤٧ ص ٢٧٦

(٣) قارن سليمان مرقص المرجع المشار إليه فى الهامش .

كركن من أركان المسئولية العقدية لا يرجع إلى شيء أكثر من رجوعه إلى نفس سياق نص المادتين ١١٤٧ من القانون الفرنسى و ٢١٥ من القانون المدنى الجديد .

وعندما تحاول هذه النظرية تفسير هذا النص تقول على لسان الأستاذين « مازو » أن الشارع قد أنشأ ضد المدين قرينة على عدم الوفاء وأخرى على انتفاء السببية . وبصرف النظر عن النقاش حول صحة الشق الأول إذ سنناقش ذلك فيما يلى فإنه ليس فى مضمون هذه النظرية علاقة تربطها بالقول بوجود هذه القرينة .

إن خطورة نظرية تقسيم الالتزامات هذه لا تظهر إلا بنجاحها فى تبيان أهمية تحديد مدى التزام المدين التعاقدى وعلاقة ذلك بمشكلة المسئولية العقدية وحسبها ذلك . أما مشكلة المسئولية العقدية نفسها فإنها لتحل بالنظر إلى نص المادة ١١٤٧ والمادة ٢١٥ فحسب .

هذا وقد يرد على هذه النظرية ما قال به بعض الفقهاء بل إنه إذا كان المعيار الفريد لقياس الخطأ هو عناية الرجل الحريص فإن جميع الالتزامات من زاوية نظر المدين عبارة عن التزامات بعناية طالما كانت مشكلة المسئولية هى مشكلة المدين قبل أن تكون مشكلة الدائن[١] .

الخلاصة ونتيجة البحث :

وبعد كل ما أوردناه تقوم مهمتنا فى البناء بعد أن قلنا رأينا فى النظريات التوفيقية السابقة فكيف يصار إلى ذلك . هذا ما سنتولى تبيانه فيما يلى[٢] :

من الواضح ألا مفر لمن يتصدى لعلاج مشكلة المسئولية العقدية أن يقر بوجود التناقض الظاهرى القائم بين نص المادتين ١١٣٧ و ١١٤٧ فرنسى

---

(١) راجع بهجت بدوى — نظرية الالتزامات ص ٤٢١

(٢) يحاول حديثاً « ستارك » أن يصل إلى حل فيقول أن أساس مسئولية المتعاقد هو ضمانه للتنفيذ وهو ضمان تعاقدى . وعندى أن هذا يصح لو دلت عبارات العقد الصريحة أو الضمنية على وجود الضمان . أما إذا ترك المتعاقدين للقانون فى نصوصه المكملة والمفسرة علاج الأمر فإن المسألة تنحصر حينئذ بين نص المادتين ١١٣٧ و ١١٤٧ فرنسى . راجع المرجع المشار إليه ص ٣٠٤

والمادتين ٢١١ و ٢١٥ من القانون الجديد . فعلى أى أساس يمكن أن يرفع هذا التناقض الظاهرى ؟ .

لقد أصبح أصبح من نافلة القول إعادة الكلام فى أن الخطأ هو ركن أصيل من أركان المسئولية ، فهو كذلك باعتراف الراجح والغالب من رأى فقهاء القانون المدنى . فما هو الخطأ الذى تقوم على أساسه المسئولية العقدية ؟ . . . الخطأ التعاقدى فى الواقع عبارة عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى . إن كل مدين حريص يقظ يجب عليه أن يقوم بتنفيذ ما تعهد به . فإذا لم ينفذ ذلك اعتبر مقصراً ، ولكن ليس معنى هذا القول أن يحكم عليه مباشرة بالتعويض ويلقى على عاتقه عبء المسئولية . فإن الخطأ إذا كان ركناً أصيلا فى المسئولية ، فإنه ليس بالركن الوحيد الذى تقوم عليه . أن علاقة السببية هى ركن ثان من أركانها . ولذلك يشترط لقيام المسئولية أن توجد بين الخطأ القائم وبين الضرر الذى يصيب الدائن من جراء عدم التنفيذ علاقة سببية . ولهذا السبب تنص المادتان ١١٤٧ و ٢١٥ على براءة المدين إذا أثبت انقطاع رابطة السببية بين الخطأ والضرر بقيام السبب الأجنبى الذى لا يد للمدين فى إحداثه .

ويكون من الصائب « أن إثبات إنتفاء الخطأ لا يكون إلا بإقامة الدليل على أن المتعهد قد قام بجميع تعهداته بالعناية المطلوبة منه . وكذلك لا يمكن فى غالب الأحوال إقامة الدليل على إنعدام السببية إلا بإثبات السبب الأجنبى الذى نشأ عنه الضرر . نعم أن السبب الأخير لا يدل حتما على انعدام السببية بين خطأ المدين والضرر إذ قد يكون الضرر ناتجا من اجتماع السبب الأجنبى وخطأ المدين ففى هذه الحالة يبقى المدين مسئولا ، ولكن يجب ألا يغيب عن الذهن الغرض المقصود الذى شرعت من أجله كل قرينة . فإن رغبة الشارع هى أن كل من تسبب فى أحداث ضرر بخطئه يضمنه . فإذا كانت علاقة السببية بين الضرر وبين خطأ المتسبب فيه غير ثابتة فإن القانون يفترضها ويعبر عن ذلك بأن القانون يقرر فى هذه الحالة قرينة على السببية . وليست هذه القرينة إلا نوعا من المسئولية الاحتياطية قررها الشارع لمنع وقوع عبء الضرر فى جميع الأحوال على عاتق

المجنى عليه ، ولا محل لها إلا عند عدم توافر الدليل على السببية[١] . ويكون من الصحيح أيضاً :

« إن الخطأ العقدى يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبى لا يد له فيه كالقوة القاهرة ، ويلاحظ فى هذه الحالة أنه إذا تحقق الخطأ العقدى فإن علاقة السببية — وهى ركن فى المسئولية العقدية — تنعدم ولا تتحقق المسئولية . وعلى هذا الوجه ينبغى فهم المادة ٣٧٣ مصرى جديد وهى تنص على أن الالتزام ينقضى إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه . فانقضاء الالتزام هنا إنما هو نتيجة لاستحالة تنفيذه عيناً ولعدم تحقق المسئولية العقدية بانعدام أحد أركانها[٢] .

وإذن تحل مشكلة المسئولية العقدية على الوجه الآتى :

يكون المدين أولا مسئولا عن تنفيذ التزامه العقدى ، ويعتبر عدم تنفيذه للالتزام خطأ متحققاً ثابتاً فى جهته ، ويعتبر مسئولا إلا إذا استطاع أن يقيم الدليل على انقطاع رابطة السببية بين خطئه هذا وحصول الضرر بقيام السبب الأجنبى الذى لا يد فيه .

وقد يقوم التساؤل عن حالة ما إذا نشأت استحالة التنفيذ من فعل المدين غير الخطأ أو نتيجة لسبب مجهول ، هاتان الحالتان اللتان أثارتا كثيراً من الإشكال فى أوساط الفقه والقضاء .

والرد على هذا يكون بالقول إنه فيما يتعلق بحالة استحالة التنفيذ بفعل المدين غير الخطأ ، الأمر لا يخلو فيها من أحد فرضين : فإما أن يستطيع المدين إثبات أن هذه الاستحالة التى حصلت بفعله قد نشأت بسبب حادث فجائى ، اجتمع شرطاه من عدم التوقع واستحالة الدفع ، وهو فى هذا يقدم الدليل على السبب الأجنبى ، وإما أن يقوم الدليل على أن الاستحالة وقعت بفعله ولم يستطيع أن يقيم الدليل على الحادث الفجائى فينسب ذلك إلى خطئه .

وفيما يتعلق بالصورة الثانية حينما تنشأ استحالة التنفيذ عن سبب مجهول ،

---

(١) دكتور سليمان مرقص ، المرجع السالف الذكر ص ١٠٠ — ١٠١

(٢) الوسيط ص ٦٥٤

فالمفروض أن المدين لم يستطع أن يقيم الدليل على السبب الأجنبي ، ويظل مسئولا عن تلك الحالة بناء على هذا الاعتبار .

ونستطيع بعد ذلك أن نقرر أن المادة ١١٣٧ الفرنسية والمادة ٢١١ المصرية تضع كلا منهما أحكاما تتعلق بمدى ما يلتزم به المدين فى العقد من التزامات ، ويرجع الفضل فى تقرير ذلك إلى نظرية تقسيم الالتزامات المذكورة . ونستطيع أن نقرر أن مقياس عناية رب الأسرة ، هو الذى يدخل أيضاً فى تقدير مسألة المسئولية التى تركزت مشكلتها فى المادتين ١١٤٧ و ٢١٥ . وذلك من ناحية تقدير عناصر القوة القاهرة كما سبق أن أشرنا إلى ذلك .

وإننا لنعترف بأنه وإن كنا قد أوردنا بعض الانتقادات على نظرية تقسيم الالتزامات ، لنتفق مع أنصارها خصوصاً فى ظل القانون المدنى الجديد ، على ماهية الحل وكيفيته على الصورة التى أوردناها فى هذا البحث إذ أن النتيجة النهائية واحدة عندنا جميعاً .

ومن كل ما قررناه نستطيع أن نقول أن كثيراً ما تقترب الحلول العملية فى تطبيق القضاء لهذه النصوص على واقع الحياة ، والحلول التى يأخذ بها مشرع القانون الألمانى ومشرع القانون السويسرى ، تلك الحلول التى تقوم على استطاعة المدين التخلص من عبء المسئولية بنفى الخطأ عن نفسه على مطلق الأحوال .

ولنأخذ مثالين لتوضيح مانريد : فلو تعهد أمين للنقل بنقل بضاعة من محل لآخر ، وامتنع علية أن ينقل البضاعة سالمة إلى المحل المتفق عليه .

ففى القانون المصرى والفرنسى يعتبر الناقل واقعاً فى الخطأ بعدم التنفيذ ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب لا يد له فيه .

وفى القانون الألمانى والسويسرى يلزم الناقل بإثبات أنه قد بذل جهده للوصول إلى التنفيذ ، وإنه كان قد هيأ الوسائل إليه ، ولكن عمله ذهب أدراج الرياح فكان عديم الجدوى من حيث عدم الوصول إلى التنفيذ . وطبيعى أن المدين يستطيع تقديم هذا الإثبات إذا حصل عدم التنفيذ نتيجة لفعله غير الخطأ ، أو لسبب مجهول ، أو نتيجة لقوة قاهرة أو حادث فجائى . ولكن نادراً ما تثور مشكلة الفعل غير الخطأ والسبب المجهول فى الحياة العلمية .

ولو تعهد طبيب بأن يعالج مريضاً وأصاب المريض ضرر . فى القانون المصرى والفرنسى لو ادعى المريض أن الطبيب لم يقم بتنفيذ التزامه بالعلاج فيستطيع هذا الأخير أن يقيم الدليل على أنه قد بذل عناية الرجل المعتاد ، وبذلك يثبت وفاءه للالتزام . وإذا أثبت المريض خطأ الطبيب فيستطيع الطبيب أن يقيم الدليل على انقطاع رابطة السببية بين خطئه والضرر الذى أصاب المريض ، فيستطيع التخلص بذلك من المسئولية . وهذا يصدق على كافة القوانين المشار إليها .

(ى) فعل الغير أو خطأ الغير ، علاقة السببية بين الخطأ والضرر :

ولا يهمنا هنا بالنسبة للعلاقة السببية بين الخطأ والضرر إلا فعل الغير ، كسبب من الأسباب التى تعفى المدين من المسئولية العقدية .

وطبيعى أنه من الواجب أن يكون فعل الغير (الأجنبى) الذى يعفى المدين فعلا مستقلا عن فعل المدين الشخصى ، وأن يكون غير متوقع الحصول منه . وغير ممكن الدفع أى يجب أن تتوافر فى فعل الأجنبى عناصر القوة القاهرة أو الحادث الجبرى .

على أنه عندما تثور مشكلة المسئولية العقدية على فعل الغير ، يثور البحث عن مدى إمكان أعتبار أفعال قسم من الأجانب ممن يسأل عنهم المدين أفعالا متممة لنشاط هذا الأخير . وهذه هى حلقة الاتصال والانفصال معاً بين المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى ، والمسئولية العقدية عن فعل الغير ، وسنوضح كل هذا فيما يلى :

(هـ) المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى ، والمسئولية العقدية عن فعل الغير :

كما يجب البحث فى المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى ، أولا وقبل كل شىء ، عن إمكان أو استحالة التنفيذ لكى يمكن الحكم بعد ذلك على وجوب إثارة مشكلة المسئولية العقدية ، يجب كذلك أن نبحث فى المسئولية العقدية عن فعل

الغير — باعتبارها فرعاً للمسئولية العقدية عموما — أولا ، وقبل كل شيء في مسألة استحالة التنفيذ العيني لالتزام المدين ليثور البحث بعد ذلك عن إمكان قيام المسئولية العقدية عن فعل الغير .

فلو أن صاحب مصنع للسيارات مثلا تعهد بصنع وتسليم عدد من سيارات النقل بماركات معينة ، وأتم صنع عدد معين منها ، فهلك قسم منها بفعل عماله أو مستخدميه ، فقبل أن تثار مشكلة مسئوليته عن عدم تسليمه لهذه السيارات التي تعاقد عليها يجب أن نبحث مسألة هل في الإمكان تنفيذ التزامه بتمامه بوسيلة أو بأخرى .

أو شخص باع لآخر ١٠٠ قنطار من قطن معين ، أرسلها إليه بواسطة نقل ما ، فتلف القطن المنقول ، قبل أن تثار دعوى المسئولية بشأن التعويض ، يجب أن تثار مسألة إمكانية التنفيذ ، لأن المشترى لم يشتر هذه الكمية المعينة بالذات ولذلك يلزم البائع بتسليم ١٠٠ قنطار أخرى .

فالمسألة الأولية هنا أيضاً هي في وجوب حل مسألة استحالة التنفيذ ، فإذا تحقق ذلك أمكن البحث في مسئولية المدين عن فعل الغير .

فإذا وصلنا إلى هنا بلغنا كذلك نقطة الخلاف بين المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى والمسئولية العقدية عن فعل الغير . وعماد الخلاف هو تطلب ركن الخطأ كأساس للمسئولية العقدية عن الفعل الشخصى ، كما بينا ذلك في الفرع السابق ، وعدم تطلب خطأ المدين كأساس للمسئولية العقدية عن فعل الغير ، فهذه المسئولية لا تقوم على أساس خطأ المدين ، بل على العكس أن المدين يسأل عن فعل الغير رغماً عن تجرده هو نفسه من كل خطأ شخصى[1] .

وعلى هذا نستطيع أن نخرج من نطاق الوضع الفنى للمسئولية العقدية عن فعل الغير كل الحالات التي نستطيع أن نلمس فيها خطأ المدين وتسببه في الإخلال بالإلتزام الذى ألقى على عاتقه . ولذلك فالمادة (٧٠٨) من القانون المدنى الجديد التي يسأل فيها الوكيل عن أعمال وكيله (الوكيل الثانى) لا تدخل

---

(١) روسل : الشرح الموجز لقانون الالتزامات السويسرى جزء ١ طبعة ١٩٢٠ نبذة ٢١٢ ص ١٥٢ وما بعدها .

إطلاقاً فى أحوال المسئولية العقدية عن فعل الغير(١) إذ المادة تقيم مسئولية الوكيل عن أعمال الوكيل الثانى بشروط منها وجوب ارتكابه هو نفسه لخطأ شخصى، وذلك يتحقق إذا ما أخطأ فى اختيار الوكيل الثانى وإلا فلا مسئولية عليه(٢).

وكذلك فى جميع الأحوال التى يلجأ فيها المدين إلى الغير لكى يقوم بدلا عنه بتنفيذ الالتزام ولم يكن للمدين حق فى الرجوع إلى هذا الغير لكى يقوم بالتنفيذ ، يعتبر من قبيل مسئولية المدين عن فعله الشخصى إذ يعتبر أنه قد ارتكب فعلا خطأ بذلك(٣).

(ز) المقصود بالغير مرتكب الفعل :

« للغير » فى الاصطلاح القانونى معان كثيرة تختلف باختلاف الأوضاع القانونية نفسها فهناك « الغير » بالنسبة لأطراف التصرفات الناقلة للحقوق العينية عموماً . وهناك « الغير » بالنسبة للتصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية « والغير » بالنسبة لأطراف الحكم ، وهناك « الغير » بالنسبة لأطراف العقد(٤).

ويتخذ « الغير » فى وضع المسئولية العقدية عن فعل الغير معنى خاصا كذلك . فإذا وازنا بين « الغير » هنا وبين « الغير » بالنسبة لأطراف العقد ، فإن القاعدة فى نفاذ العقود هى قصورها على أطراف العقد دون أن يقتصر هذا المعنى على المتعاقدين بل يشمل الخلف العام والخلف الخاص كذلك ، فلا يعتبر هؤلاء من الأغيار. أما فى عرف المسئولية العقدية عن فعل الغير فيقصد به أى شخص غير المتعاقدين أنفسهم . فقد تقوم مسئولية المتعاقد بناء على فعل خلفه العام

---

(١) على العكس من هذا السنهورى الوسيط ص ٦٦٥ وحسين عامر المرجع السالف الذكر ص ١٨٨

(٢) يذهب بعض الفقهاء بأن المسئولية العقدية عن فعل الغير تقوم على ركن الخطأ : الخطأ فى الرقابة أو الخطأ فى الاختيار وسنناقش ذلك فيما يلى ... راجع الأساس القانونى للمسئولية العقدية عن فعل الغير الكتاب الأول — الباب الثانى .

(٣) بلانيول وربيير واسمان المطول : ص ١٥١ نبذة ٨٤٥ ج ٧ — ومازو : المرجع السالف الذكر ص ٩٦٦

(٤) بهجت بدوى : المرجع السالف الذكر أصول الالتزامات ٢٨٤

أو خلفه الخاص ولكن ليس باعتباره خلفا عاما أو خلفا خاصا وإنما باعتباره شخصا أجنبياً عن العقد وعن أطرافه. فقد يسأل المتعاقد عن أفعال أولاده أو زوجته أو أبيه أو أخته كما قد يسأل، إذا كان مستأجرا مثلا، عن أفعال المتنازل له عن الإيجار أو عن المستأجر من الباطل وكل ذلك فى أحوال سنفصلها فيما يلى.

على أننا يجب أن نسارع إلى القول بأنه يشترط لقيام المسئولية عن فعل الغير أن تكون هناك رابطة ما بين «الغير» الذى يمكن أن يسأل المتعاقد عنه وبين هذا الأخير رابطة تبرر مسئولية المدين (١). وبدون وجود مثل هذا الاشتراط أو الرابطة تتعطل المعاملات ويحجم الناس عن التعامل (٢) كما أن عدم اشتراط رابطة معينة قد يؤدى إلى نفى السبب الأجنبى كركن من أركان المسئولية وسنخصص فصلا معينا فى الرسالة لبحث هذه المسألة.

(ح) خاتمة المقدمة :

نخرج من كل هذا إلى أن المقصود بالمسئولية العقدية عن فعل الغير هو مسئولية المتعاقد عن فعل شخص آخر يسأل عنه ودون أن يرتكب هذا المتعاقد أى خطأ شخصى. وهذا هو الفارق الذى يميز المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى عن المسئولية العقدية عن فعل الغير : هذه المسئولية التى توازى تماما وضع المسئولية التقصيرية عن فعل الغير بالنسبة للمسئولية التقصيرية عن الخطأ الشخصى.

وعلى هذا نستطيع أن نخرج من دائرة المسئولية العقدية عن فعل الغير. الأحوال الآتية :

---

(١) راجع أدناه الباب الثالث فى الكتاب الثانى من الرسالة.

(٢) وقد حكم بأن المسئولية العقدية لا تقوم قبل أمين النقل إذا حصل الضرر للمسافر بفعل أجنبى (محكمة السين ١٩٣٩/١١/١٥ داللوز ٢ ص ٢٣ — ١٩٣٠) وكذلك حكم بأن فعل الغير الذى ظل مجهولا وأصاب المسافر فى أثناء النقل يعفى أمين النقل من التزامه نقض عرائض ١٩٢٩/٨/١ داللوز ٢٥٠١ — ١٩٣٠ وحكم استئناف باريس ١٩٢٧/٧/٨ جازيت باليه — ١ — ص ٦٢٢ — ١٩٢٧ وحكمت نفس المحكمة بأن المؤجر لا يسأل إلا إذا نشأ الضرر عن فعله أو أفعال تابعيه (استئناف باريس فى ١٩٤٤/٣/٢٣ جازيت دى باليه ١٩٤٤ — ١ — ١٤٢)

١ — إذا كان المدين قد تحمل ضمان فعل الغير صراحة فى الاتفاق . وهذا هو وضع المتعهد عن الغير الذى يتميز بالتعهد الصريح للحصول على رضا شخص آخر .

٢ — إذا كان قد تحمل نتائج السبب الأجنبى بصراحة الاتفاق .

٣ — إذا كانت المسئولية قد ألقيت على عاتق المدين لارتكابه خطأ شخصياً[١] .

لقد انتهينا من رسم صورة سريعة لمشكلة مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير فى هذه المقدمة ، فلندخل إذن إلى بحث موضوع هذه المشكلة فى الكتابين القادمين ، حيث كرسنا الكتاب الأول من الرسالة لبحث القواعد العامة فى المسئولية العقدية عن فعل الغير ونقصد بذلك الأسس العامة التى تتعلق بمبدأ هذه المسئولية ، وخصصنا الكتاب الثانى لدراسة قواعد تطبيق نفس مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير .

(١) راجع رينو ص ١٨ رسالة باريس ١٩٢٣ وبيكيه المرجع المشار إليه ص ٢٦٠ وFeder ص ٢٢ مشار إليه فى بيكيه ص ٢٦٠ كذلك .

الكتاب الأول

فى

القواعد العامة للمسئولية العقدية

عن فعل الغير

ونقصد إلى بحث القواعد العامة فى المسئولية العقدية عن فعل الغير لنظهر ما يحوم حول هذه المسئولية من المبادئ التى قد يكون بعضها أساساً لها كمبدأ الأساس القانونى ، وقد يتعلق بها بعضها الإخر نظراً لاتصالها بأوضاع أخرى كوضع المسئولية التقصرية عن فعل الغير مثلا . ولذلك سنبحث فى هذا الكتاب وفى أربعة أبواب عن :

الباب الأول : لمحة تاريخية عن مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير وهو تمهيد لبيان تطور هذه المسئولية عبر القرون .

الباب الثانى : الأساس القانونى للمسئولية العقدية عن فعل الغير .

الباب الثالث : العلاقة بين المسئولية العقدية عن فعل الغير والمسئولية التقصيرية عن فعل الغير .

الباب الرابع : الحدود الخارجية لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير .

الباب الأول

لمحة تاريخية عن مبدأ المسئولية العقدية

عن فعل الغير فى القانون المقارن

سنحاول فى هذا الباب أن نستعرض تطور مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ، كيف ابتدأ فى القوانين القديمة بتطبيقات بسيطة وكيف انتهى بأن أصبح مبدأ عاما فى التشريعات الحديثة يقف إلى جانب المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى . وسنبدأ الكلام فى الفصول القادمة برأس القوانين وهو القانون الرومانى ، ثم نعقبه بدراسة المبدأ فى العصور الوسطى ، ونتطرق بعد ذلك إلى كيفية تطوره فى القوانين اللاتينية والتشريعات الجرمانية ، ثم نتبين هذا التطور فى الشريعتين : الإنجليزية والإسلامية وننتهى بدراسة مدى تأثر القانون المصرى والعراقى بهذا المبدأ .

الفصل الأول

مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير

فى القانون الرومانى

لم يعرف القانون الرومانى ـ كسائر القوانين القديمة ـ المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير . وكان المبدأ القائل بأن كل شخص إنما يسأل عن خطئه الشخصى فحسب هو المبدأ المعترف به فى روما بصورة عامة تقريباً . وهذا هو على الأقل الرأى الغالب عند فقهاء القانون الرومانى فى القرن التاسع عشر (١) وخاصة عند « Dar burg ' Harse » . وفى هذا يقول بيكيه : أن القانون الرومانى كان يقوم ـ فى المسئولية ـ على أساس الخطأ الشخصى ولم يكن فيه أى نص عام وصريح فى المسئولية العقدية عن فعل الغير . فقد أشار إليها بصورة غير مباشرة فى دعوى الـ adjceticiae qualitatis حيث كان البريتور الرومانى قد أعطى للمدعى حق إقامة الدعوى على الأب أو السيد بالنظر للعقود التى يعقدها أولاد الأسرة وعبيدها الذين لهم دخل ويعملون لحساب الأب أو السيد ، وللمدعى على الذين يمارسون نشاطاً تجارياً معينا بالنسبة للالتزامات التى عقدت بواسطة بدلائهم .

على أنه إذا تحقق وجود مسئولية فى هذه الحالة ، فإنها ليست مسئولية المدين نفسه عن أفعال تابعية ، ولكنها مسئولية عن فعل الغير فى عقد الغير "une responsabilité du fait d'autrui dans le contrat d'autrui" (٢)

---

(١) بازولا Bezzola رسالة جنيف سنة ١٩٣٧ ص ٥٠ بيكيه المرجع السالف الذكر ص ٢٧٠ ريبنو المرجع السالف الذكر ص ٢٧ سأروك Soaree ص ٣٣

(٢) وهذا ما يعرف فى التشريع الحديث بمبدأ النيابة وهو وضع يختلف عن وضع المسئولية العقدية عن فعل الغير . فإن آثار العقد فى الدعاوى التى تسمى بالـ institoria والـ exercitoria كانت تنتقل إلى ذمة المتبوع (الموكل) من التابع (الوكيل) ولكن لم تكن لهذه الدعاوى صلة بدعاوى الـ receptum des noutoes et conpanes وحتى البيان "ulpien" نفسه =

كما هو الحال بالنسبة لمسئولية الكفيل عند عدم إداء المكفول (المدين الأصلى) للدين فى القانون الحديث .

ويذهب بيكيه إلى القول بأن القانون الرومانى قد عرض فى مسئولية المدين عن أفعال تابعية إلى مسئولية مادية بحتة على أساس الخطأ المفترض فى الاختيار أو الرقابة ، ويستطرد إلى أنه لا يستطيع أحد القول مع ذلك بأن القانون الرومانى حاول أن يبنى من هذه الأحوال الإستثنائية مبدأ عاما فى المسئولية إلا إذا أراد أن يكسر المعنى الطبيعى النصوص[١] .

وقد واجه القانون الرومانى مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير بصورة مباشرة فى دعاوى الـ receptun ، الـ receptun nautrium, Couponum, stabularium حيث تتحقق فى الأولى مسئولية أصحاب الفنادق ، وفى الثانية مسئولية أرباب السفن . وفى الثالثة مسئولية أرباب الاصطبلات عند إتلاف أو تخريب الأمتعة الموضوعة فى عهدتهم بأفعال تابعهم ، وقد تجاوزت المسئولية بعد ذلك إلى أصحاب المخازن العامة وإلى بعض الصناعات الصغيرة[٢] .

وقد كانت هذه المسئولية فى العصر ما قبل الكلاسيكى مسئولية صارمة حيث كانت المسئولية المفروضة على أرباب السفن nautaes وأصحاب الفنادق Coupanes وأرباب الاصطبلات stabularü تفهم فهماً حرفياً بأن كان المودع

= كان يفرق بين الدعاوى فى الأولى لم يكن من المستطاع إلزام مجهز السفينة l'armateur إذا لم يكن قد أعطى توكيلا للتابع عن العقود التى يعقدها هذا الأخير ، فالنيابة لم تكن لتتجاوز الوكالة. أما فى الدعاوى الأخيرة فقد كان صاحب السفينة مسئولا عن أفعال كل هيئة الملاحة ولا توجد نيابة فى هذه الحالة . راجع رسالة بهجت بدوى المرجع السالف الذكر ص ١٢ ومابعدها. وبلانيول المجلة الانتقادية ١٩٠٩ هامش ٢٩١

(١) بيكية ص ٢٧٠ وما بعدها .

(٢) كان الناقلون وأصحاب الفنادق يعقدون مع عملائهم عقدا خاصا يسمى بال receptum وبموجبه كان يلتزم هؤلاء بالتزام خاص يسمى بال custodia الذى هو التزام بحفظ الشىء المودع وعلى هذا فإن مسئولية هؤلاء كانت مسئولية الوديع . وبحسب الأثر العقدى لعقد الوديعة كانوا يسألون عن ضياع الشىء حتى ولو لم يرتكبوا هم أنفسهم أى خطأ وما كانوا ليستطيعوا التخلص من عبء المسئولية إلا بإثبات القوة القاهرة . وهم يسألون عن فعل الغير سواء كان هذا الغير من عبيدهم أو أولادهم أو مستخدميهم أو أجنبياً كعابر سبيل أو مسافر (بلانيول بالمجلة الانتقادية سنة ١٩٠٩ ص ١٨٦) .

لديه يعتبر مسئولا عن رد الأشياء الموضوعة فى عهدته مهما حصل من عائق . ولم تخفف هذه المسئولية إلا فى العصر الكلاسيكى حيث أعفى المدين من المسئولية فى أحوال القوة القاهرة والحادث الجبرى بعد أن كان يعتبر مسئولا عن الحادث الجبرى فى العصر ما قبل الكلاسيكى .

على أن فريقاً كبيراً من الشراح يعترض حتى على مجرد القول بأن القانون الرومانى كان قد طبق مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير . « فبازولا » يقول فيما يخص مسئولية السيد عن أفعال عبيده : « إن الدعاوى التى أعطيت للدائن ضد السيد بسبب الجريمة التى يرتكبها عبده هى من جهة ليست مسئولية عقدية كما أنها من جهة أخرى ليست مسئولية حقيقية عن فعل الغير ، لأن السيد لايدفع التعويض إلا إذا رفض أن يترك العبد[١]. وإذا سئل فى بعض الأحوال فلأنه قد تسامح وأقر فعل العبد بينما كان يجب عليه أن يمنع حصول هذا الفعل فقد كان يعتبر إذن هو نفسه فاعل الجريمة وكان يسأل عنها لذلك شخصياً[٢] .

غير أن فقهاء القانون الرومانى المحدثين كانوا يميزون بين وضعين : الأول وضع دعوى الـ « Custodia » والثانى وضع دعوى الـ « Culpa » . فإن الدعوى الأولى كانت بعيدة ومستقلة — كما يبدو — تمام الاستقلال عن فكرة الخطأ، وكان المسئول عن الـ "Custodio" يلزم بتعويض الضرر الذى ينشأ عن إتلاف أو ضياع الأموال المعهودة التى أودعت لديه حتى ولو لم يرتكب من جانبه أى خطأ ، وسواء حصل هذا الضرر بفعل الغير أو من حادث فجائى[٣] .

وعلى هذا فإن فقهاء القانون الرومانى المحدثين يقولون بأن مسئولية المدين فى الـ "Custodio" لا تشمل المسئولية عن فعل الغير فحسب ، بل تتعداها إلى المسئولية عن الحوادث الفجائية "les cas fortuits" التى لا ترقى إلى درجة القوة القاهرة . والمسئولية لا تنتفى إلا فى حالة القوة القاهرة ، وبحسب المصادر

---

(١) ولهذا يدعوها رانجار بأنها مسئولية اختيارية facultative ص ٦٤ المرجع السالف الذكر .

(٢) بازولا ص ٦ وما بعدها .

(٣) جان باريس Jean Paris رسالة نانسى ١٩٢٦ مقدمة ص ١٦

المعروفة كان يعتبر من قبيل القوة القاهرة : الحريق والفيضان والغرق ، وسقوط المنزل والزلازل ، وقوة الأعداء وموت العبد[١] .

ولكن جميع الفقهاء على اتفاق فى أن المسئولية عن الـ " Custodio " أدخلت فى وضع الـ "Culpo" فى عهد جوستنيان ، وأصبحت بذلك مسئولية عن الخطأ الشخصى فيما عدا حالات نادرة استثنائية كمسئولية « المستعير » فى دعوى الـ "redhibum" والمسئولية فى دعوى الـ "Locatio Conditio operis" . ولكن هذه الأحوال الاستثنائية النادرة كانت تبررها اعتبارات المصلحة العامة التى كانت تتطلب فى كل حالة بعينها نصاً صريحاً خاصاً . ومن هذا نرى أن طبيعة المسئولية العقدية عن فعل الغير فى القانون الرومانى قد انتهت كما يراها «بازولا» و «بلانيول»[٢] إلى مسئولية عقدية على أساس الخطأ الشخصى.

ويذهب « رانجار » إلى أن الأسباب التى من أجلها وجدت بعض الأحوال الاستثنائية كتطبيق لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير فى القانون الرومانى هى ارتباط هذه المسئولية بضرورة تعويض من أصابه الضرر فى الأحوال التى لا يستطيع فيها فاعل الضرر دفع تعويض ما بناء على مظنة من عجزه وإعساره[٣] .

ونخلص من كل هذا أن جميع الشراح قد اتفقوا على أن القانون الرومانى لم يعرف المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير، وإن كان قد عرف بعض حالات نادرة واستثنائية كتطبيق قاصر لهذا المبدأ . وتعليل ذلك عند ساورك هو أنه :

أولا : أن فقهاء القانون الرومانى قد بينوا أن أسلوب هذا القانون فى معالجة أحوال المسئولية عن عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى كان يقوم على دراسة الحلول الجزئية لحالات متفرقة ، ولم يكن يعنى بصياغة مبادىء عامة

---

(١) بازولا ص ٧

(٢) بلانيول : المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٩ ص ٢٨٦ إذ كان أساسها هو الخطأ فى الاختيار أو المراقبة .

(٣) رانجار — ص ٦٤

توضع بناء على استقراء تلك الحلول الجزئية شأنه فى هذا كشأنه فى معالجته لأحوال المسئولية التقصيرية . ومن الملاحظ أيضاً أنه لم يوجد فى القانون الرومانى حد فاصل ، يفصل ، من حيث مجال التطبيق ، بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية .

ثانياً : إن الحاجة لم تكن ملحة إلى تقرير هذا المبدأ ما دامت القواعد القانونية عبارة عن البناء الفوقى Super-stracture للنظم الاقتصادية والاجتماعية . والتنظيم القانونى ينعكس بالضرورة عن النظام الاقتصادى والاجتماعى فى أيما بلد من البلدان . وبما أنه فى جميع الأزمنة البدائية ، وخاصة فى العصر الرومانى كان مركز الإنتاج الاقتصادى هو الأسرة من جهة ، وأن الصناعة كانت تعتبر فى ذلك الوقت من الأعمال المشينة من جهة أخرى ، فإن النظام القانونى الذى كان يلزم أن يطابق أسلوب الإنتاج ، وأن يطابق أسلوب الحياة الاجتماعية فى روما ، لم يستطع أن يسجل مبدأ عاما فى المسئولية العقدية عن فعل الغير هذا المبدأ الذى يجب أن يطابق أسلوبا للانتاج أكثر تعقيداً وأعلى درجة[١] .

---

(١) قارن ساورك — ص ٣٤

الفصل الثانى

المبدأ فى العصور الوسطى والقانون الفرنسى

ونجمع فى هذا الفصل بين بحث مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير فى القرون الوسطى فى فرع وبين بحثه فى القانون الفرنسى فى فرع ثان لنرى كيفية تطور هذا المبدأ ومدى تأثيره على القوانين اللاتينية .

الفرع الأول

المبدأ فى العصور الوسطى

كان من الضرورى كما يقول ساروك أن يظهر تطبيق مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير فى العصور الوسطى أوسع جداً مما ظهر به فى القانون الرومانى ، وذلك للتطور العميق الذى أصاب الحياة الاقتصادية والاجتماعية ، والتطور الذى طرأ على أسلوب الإنتاج قد جعل من المدن مراكز لهذا الإنتاج بعد أن ألغى نظام الرق ، وتفكك نظام العائلة ، وانتعاش الحياة التجارية والاقتصادية ، فكان لزاما لذلك كله أن تظهر نصوص وأحوال جديدة بتطبيق هذا المبدأ[1] .

ففى العصور الوسطى كانت مسئولية أرباب العمل عن أفعال مستخدميهم ، غير منصوص عليها فى أى نص تشريعى . ولكن النظام الحرفى الصارم وشرط تبعية الصناع والمستخدمين لأسيادهم فى العمل ، مما سبب فسح المجال لقيام مثل هذه المسئولية . فكان هؤلاء الأسياد يسألون عن التنفيذ السليم للالتزامات التى تعاقدوا عليها وعهدوا بها إلى عمالهم لتنفيذها ليس مسئولية مدنية فحسب ، بل ومسئولية جنائية أيضاً[2] .

---

(١) المرجع السالف الذكر ص ٣٤

(٢) بيكيه : المرجع السالف الذكر ص ٢٧٠

وفى القانون البحرى كانت القواعد القانونية فى العصور الوسطى ، وخصوصا تلك التى كانت مؤسسة على عادات « فالنس » و « مارسيليا » وغيرها ، تقضى بقيام المسئولية قبل ربان السفينة عن أفعال هيئة الملاحة .

ومن هنا نتبين أن تطبيقات هذا المبدأ قد توسعت فى العصور الوسطى كثيراً ، مما مهد لظهوره فى صيغة عامة فى التشريعات المحدثة .

الفرع الثانى

المبدأ فى القانون الفرنسى

وتثير مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير أعظم المناقشات فيما يتعلق بالقانون الفرنسى (قانون نابليون لعام ١٨٠٤) ، حيث لم يرد فيه نص صريح يقيم مبدأ عاما للمسئولية العقدية عن فعل الغير ، على خلاف الحال فى كل من القانونين الألمانى والسويسرى ، بل أن كل ما ورد فى القانون الفرنسى ليس إلا تطبيقات متفرقة لهذا المبدأ .

وفى عهد القانون الكنسى حيث كان الشراح يتلقفون مبادىء القانون الرومانى ليشرحوها ويعلقوا عليها ، كانت توجد تطبيقات مختلفة لهذا المبدأ . ومن يراجع « دوما » يرى أنه قد أفاض فى شرح تطبيقات هذا المبدأ فى حالة الشركات ، وفى حالة الإيجار ، وفى مسئولية أصحاب الاصطبلات ، ومتعهدى النقل وغيرهم .

إلا أن هذه المسئولية كانت تختلط حتى ذلك الوقت بالمسئولية التقصيرية عن فعل الغير ، ولم يكن هناك حد فاصل يفصل بين المسئوليتين .

وفى عام ١٨٠٤ عندما شرع القانون المدنى الفرنسى ، جاء المشرع بحالات معينة من أحوال المسئولية العقدية عن فعل الغير[1] . وكان قد تحدد فيه التمييز الواضح بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . ورغم ذلك فقد استرسل القضاء الفرنسى وكثير من الشراح الفرنسيين إلى الخلط بين المسئوليتين ،

---

(١) كالمواد ١٢٤٥ و ١٧٣٥ و ١٧٨٢ و ١٩٥٣

فكان القضاء يطبق نص المادة (١٣٨٤) الخاصة بالمسئولية التقصيرية عن فعل الغير على أحوال المسئولية العقدية عن فعل الغير ، وكان الفقه التقليدى يؤيد القضاء فيما يذهب إليه[١] .

على أن الفقه المعاصر والقضاء المعاصر فى فرنسا[٢] ، قد انتبه كل منهما جيداً لهذا الخلط ، فانفسح المجال لدراسة مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير ، وأثير الكلام حول إمكان اعتبار هذه النصوص المبعثرة المعالجة لأحوال المسئولية العقدية عن فعل الغير ، كتطبيق لنظرية عامة فى هذا الخصوص . وهذا ما سنتولى الكلام عنه عند دراستنا للأساس القانونى لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير .

---

(١) أوبرى ورو جزء ٤ ص ١٦٧ نبذه ٣٣ وديمولب ج ٢٤ نبذة ٥٥٨ وبودرى وبارد ج ١ نبذة ٤٥٥

(٢) راجع المقدمة ص ٧ فى الرسالة وما بعدها .

الفصل الثالث

المبدأ فى التشريعات الألمانية والسويسرية

إن أبرز الأمثلة على مدى التطور الذى أصاب مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير هو المثل الذى ضربته البلاد الجرمانية وسويسرا إلى أن وصل الأمر فيها إلى إثبات نص عام يحكم المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير بشكل واضح قاطع صريح . ثم تلقفت مختلف التشريعات الحديثة هذا النص وراحت تنص عليه فى قوانينها المدنية كما فعل المشرع البولونى فى المادة (٢٤١) والقانون المراكشى فى المادة (٢٣٣) والقانون الصينى فى المادة (٢٢٤)[١] .

ويكفينا على ما نحسب أن نلقى ضوءاً على تطور المبدأ فى القانون الألمانى وفى القانون السويسرى كمثلين للتشريعات الحديثة فى هذا الخصوص وسنتكلم فى فرعين عن المبدأ : الفرع الأول تطور المبدأ فى التشريع الألمانى ، ثم نعقبه بفرع ثان عن تطوره فى التشريع السويسرى .

الفرع الأول

مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير فى التشريع الألمانى

لقد كان أمر النزاع فى مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير على أوضح ما يكون فى التشريعات الجرمانية . فكان القانون النمساوى وفى خارج حدود المسئولية التقليدية قبل أصحاب الفنادق وأرباب السفن وأصحاب الاصطبلات تلك المسئولية التى انحدرت ، كما بينا ذلك فيما سبق عن القانون الرومانى ، كان القانون النمساوى لا يقضى بمبدأ مسئولية المدين إلا عن فعله الشخصى

---

(١) أشرنا أن المشرع المصرى قد عرض فى المادة ٢١٧ ف ٣ لهذا المبدأ بطريقة غير مباشرة ، وقد تبعه فى ذلك مشرع القانون المدنى العراقى وسنتكلم عن ذلك عند الكلام على تأثر المشرعين المصرى والعراقى بمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير .

فحسب . فإذا ما استخدم المدين أشخاصا لتنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه هو ، ثم أصبح هذا الالتزام بفعل أحد هؤلاء مستحيلا ، فلا يسأل المدين إلا إذا كان قد أساء الاختيار ، أو كان قد أساء الرقابة بعدم مراقبته له مراقبة حازمة . ولذلك فإن أساس المسئولية فى هذه الحالة إما خطؤه فى اختيار معاونيه أو خطؤه بعدم مراقبتهم فى أثناء تنفيذ الالتزام (المواد ١١٠١ ، ١١٦١ ، ١٣١٣ ، ١٣١٤ من القانون النمساوى) .

أما مجموعة قوانين سكسونيا "codesaxon" فقد بقيت أمينة على مبدأ المسئولية عن الفعل الشخصى على أساس الخطأ فى الاختيار أو فى الرقابة ، وعلى مبدأ مسئولية المدين عن فعله الشخصى وعن خطئه عندما يلتجئ بغير أن يسمح العقد له ، إلى الغير يطلب مساعدته فى تنفيذ الالتزام .

ولكن القانون البروسى "le droit prussien" الذى كان سائراً على نفس المبدأ قد أورد عدة استثناءات خطيرة تكونت منها النواة الحقيقية لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير . فمن جهة وسع هذا القانون تطبيقات مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير فشملت فيه حالات المسئولية عن النقل بالإضافة إلى حالات المسئولية قبل أصحاب الفنادق عن فعل الغير ، هذه المسئولية التقليدية المنحدرة عن القانون الرومانى . ومن جهة أخرى أقر القانون البروسى مسئولية المدين عن أفعال تابعيه فى عقد إجارة الأعمال : الـ Locatiu condictio operis[1] .

وفى البلاد التى كانت محكومة بالعادات الجرمانية كان من رأى فقهاء القانون الرومانى أن يميزوا بين حالتين : بين حالة ما إذا كان استخدام التابع متوقعاً فى العقد وفيها لا يقيمون مسئولية المتعاقد عن فعل تابعه على اعتبار أن المتعاقد الآخر قد توقع حصول الإخلال من جانب هذا التابع ، وأنه قد رضى بتحمل المخاطر التى قد تنتج عن ذلك . ولا تقوم مسئولية المدين إذن فى هذه الحالة إلا على أساس خطئه الشخصى فى الاختيار أو الرقابة . وبين حالة ما إذا كان استخدام التابع

---

(١) بيكيه ص ٢٧١ وما بعدها .

غير متوقع فى العقد فقد قالوا بمسئولية المدين مسئولية عقدية عن فعل غيره على اعتبار أن الدائن لم يرض بتحمل تبعة فعل الغير[1].

على أن نظرية مثل هذه كانت خطيرة جداً خصوصاً فيما يتعلق بعقد النقل الذى كان من المفروض فيه أن يلجأ الناقل إلى أعوانه ومستخدميه لنقل البضاعة، وكان من الخطر أن يفترض تنازل الدائن عن حقه فى التعويض قبل الناقل عند تلف أو ضياع البضاعة بفعل تابعيه، ولذلك فقد التجأ هؤلاء الشراح إلى القانون الرومانى فى الأخذ بما يقضى به من مسئولية الناقلين فى عقد النقل، مسئولية مطلقة عن أفعال تابعيه[2].

ثم أن الشروط الاقتصادية والظروف الاجتماعية لم تكن بطبيعة الحال كتلك التى كانت عليه فى روما، وأصبح الأخذ بالمبادىء الرومانية على إطلاقه، فيما يتعلق بوضع المسئولية العقدية عن فعل الغير لا يكفى ما تتطلبه مقتضيات التطور الاقتصادى والاجتماعى فى نهاية القرن الثامن عشر.

وفى الواقع أنه كان يمكن للمرء أن يتحقق من التقدم الواضح الخطر فى الحياة التجارية وذلك بنسبة ما تقدمت به التجارة والصناعة الكبيرة، فكان من الواجب أن يتجه البحث عن قاعدة جديدة تتعلق بالمسئولية عن فعل الغير، لأنه كان من الصعب على الدائن أن يثبت خطأ المدين فى الاختيار أو فى الرقابة ما دام هذا الأخير بعيداً بعض الشىء ولم يتدخل شخصيا فى تنفيذ الالتزام، لأن تنفيذ الالتزام هو عمل قسم كبير من الأفراد الذين يتعاونون للوصول إلى النتيجة المطلوبة، وأن رعاية حازمة للجمهور لم تكن لتتحقق إلا إذا اعتبرت مسئولية رب العمل عن أفعال تابعيه مسئولية مطلقة عن خطئه.

ثم أن الرغبة فى اشتراط خطأ شخصى لقيام مسئولية رب العمل فيه مزية كبيرة لأرباب الصناعات الكبيرة الضخمة على حساب أصحاب الصناعات الصغيرة، لأنه بينما يستطيع المرء أن يكتشف الخطأ ببساطة عند شخص يقوم هو بنفسه بالعمل، فإنه لا يستطيع أن يكتشف الخطأ عند شخص يقوم

---

(١) سالى — نظرية الالتزام فى مشروع القانون الألمانى ص ١٦ — ١٧

(٢) راجع سالى: المرجع المشار إليه أعلاه ص ١٧ وما بعدها.

بإدارة صناعات كبيرة لا يقوم هو نفسه بالعمل فيها . هذا بالإضافة إلى أن أرباب الصناعات الكبيرة فى مقدورهم التأمين على مسئوليتهم عن أفعال تابعيهم[١] . ولكل هذه الأسباب دفع المشرع الألمانى إلى إيراد النص العام الذى يحكم مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير فى المادة ٢٧٨ من قانون سنة ١٩٠٠ .

الفرع الثانى

المبدأ فى القانون السويسرى

يقول بازولا "Bezzola" أنه من الملاحظ أن المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير لم يكن مشاراً إليه فى أيما تشريع من التشريعات التى وجدت قبل توحيد قانون الالتزامات السويسرى . وإذا كان هذا المبدأ قد اعترف به فى بعض الأحيان ، فإن تنظيما عاماً لهذه المشكلة لم يكن ظاهراً من قبل ، وهكذا لم يكن المدين ليسأل إلا عن خطئه الشخصى فى الاختيار .

وفى سويسرا أيضا ، وتحت ضغط الضرورات الاقتصادية المتزايد، دعا الأمر إلى وجوب تطبيق مبدأ جديد ، مع العلم أنه تحت إلحاح تلك الاعتبارات الاقتصادية ، وأثر مختلف النظريات التى وجدت فى الفقه الألمانى كانت المحاكم فى سويسرا قد دفعت إلى الأخذ بصفة استثنائية ، بمبدأ مسئولية المدين المطلقة عن أفعال أعوانه وتابعيه .

وفى البلاد التى كانت محكومة بالقانون الفرنسى كانت المحاكم ترجع على العموم ، إلى نص المادة ١٣٨٤ من قانون نابليون تستلهمه الحل ، إذ هو النص القانونى الوحيد الذى يحكم — فى الظاهر — مسئولية المتبوع عن أفعال التابع .

وبصورة عامة ، وتحت تأثير القانون العام ، ما كان يستطاع أن يسقط من الاعتبار مبدأ الخطأ . وكان هناك شعور قوى بأن هذا المبدأ مما يتجاوب وروح القانون والعدالة والمنفعة الاجتماعية .

ومن جهة أخرى فإن الاتجاه كان يرمى إلى الفصل بوضوح بين وضع المسئولية العقدية ووضع المسئولية التقصيرية . وإذا كان قد رؤى الركون إلى معيار جديد فيما يتعلق بالوضع الأخير هو معيار « المخاطر » ، فإن الاتجاه

---

(١) قارن بيكيه ص ٢٨٣ — ٢٨٤ وبازولا ص ١٣

بالنسبة للوضع الأول ـ حيث كان التقدم يسير بحذر ـ مال إلى وجوب عدم إنكار مبدأ الخطأ .

ولهذا عند ماثار البحث فى النص على مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير كمبدأ عام ـ حدث إن استقر الرأى على اشتراط خطأ التابع فاعل الضرر ليقام مسئولية المدين .

إلا أن هذا المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير لم يثبت فى سويسرا إلا فى مشروع سنة ١٨٧١ الذى أشار إليه لأول مرة فى المادة « ١٤٦ » منه .

وفى مشروع « ١٨٧٨ » نص على هذا المبدأ كذلك فى المادة (١١٦) .

وفى قانون التزامات السويسرى الاتحادى لعام ١٧٨١ نص عليه هكذا : « يسأل المدين عن خطأ أعضاء أسرته الذين يعيشون تحت سلطته وعن خطأ مستخدميه وعماله[١] » .

وأخيراً استقر المبدأ فى المسئولية العقدية عن فعل الغير بالنص الشهير فى قانون التزامات السويسرى الاتحادى العام ١٩١٢ على الوضع التالى فى المادة « ١٠١ » .

« إن كل من عهد ، ولو بطريقة مشروعة ، إلى بعض معاونيه كأهل منزله أو مستخدميه أمر العناية بتنفيذ أو مباشرة حقوقه قبل مدينيه ، كان مسئولا فى مواجهة الطرف الآخر عما قد يقع منهم من ضرر فى أثناء تأدية وظائفهم » .

---

(١) بازولا : ص ١٩ ، ٢٠ ، ٢١

الفصل الرابع

المبدأ فى الشريعة الإنجليزية والشريعة الإسلامية

يجمع هذا الفصل بين دراسة مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير فى القانون الإنجليزى وبين دراسته فى الشريعة الإسلامية . وقد جمعناهما فى هذا الفصل لعظم المشابهة بينهما فيما يتعلق بالإطار أو الشكل العام لكل منهما ، وبالطابع الخاص الذى يميز هاتين الشريعتين عن غيرهما من التشريعات وعلى الأخص التشريعات اللاتينية والتشريعات الجرمانية .

الفرع الأول

المسئولية العقدية عن فعل الغير فى الشريعة الانجلوسكسونية

من المعلوم أن الجزء الأكبر من النظام القانونى الإنجليزى يقوم على العادات وأن هذا النظام من حيث الشكل العام والصياغة — كالشريعة الإسلامية [١] .

والقانون الإنجليزى [٢] ، يختلف عن النظام القانونى اللاتينى والنظام القانونى الجرمانى . ذلك أنه لا توجد فى النظام الإنجليزى نظرية عامة تسيطر فيه على كل فروع القانون بل توجد قواعد لحالات خاصة فرعية جزئية ، وتقرر كل قاعدة منها حكما ، وقد يكون هذا الحكم حكما عاما ، وقد يقيد بحالة بعينها .

وقد كان للتطور الاقتصادى الذى ظهر مبكرا فى انجلترا أثره فى أن يفرض نشوء قاعدة لتطبيق مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير فى حالات كثيرة

---

(١) راجع فى طبيعة النظام القانونى الإنجليزى واختلافه عن النظام القانونى اللاتينى وعلى الأخص النظام القانونى الفرنسى . ليفى ايلمان : دروس للدكتوراه على طلبة حقوق باريس فى القانون المدنى المقارن عام ١٩٣٦ — ٣٧ . مكتبة محكمة النقض — القاهرة رقم ٢١٠٣ يومية . وارثر كورتى الشرح الموجز للقانون المدنى والتجارى الانجليزى باريس ١٩٢٨ ص ٢٠ . وراجع فى علاقة النظام القانونى الإنجليزى بالشريعة الإسلامية السنهورى نظرية العقد هامش ص ٦

(٢) راجع R. Popeseo-Ramineano رسالة باريس مبدأ النيابة فى الأعمال القانونية فى القانون المقارن المقدمة ص ٨ و ص ٤٩٧

ونجد أساس هذا فى القاعدة القانونية : من يعمل بواسطة غيره يعمل لنفسه "qui facit per alium facit per sei"

ثم ان شراح الـ "Communlaw" وخاصة فردريك بولوك "Sir. F. Pollock" قد ميزوا بعناية بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية : بين الـ "breache of contract" وبين الـ "tort" ، وقد أقر القضاء بهذا التقسيم فى كثير من أحكامه[١].

وقد عرف القانون الإنجليزى حالات المسئولية العقدية عن فعل الغير بالنسبة لمسئولية أرباب الفنادق عن الأمتعة التى يعد بها إليهم المسافرون والنزلاء ، ومسئوليتهم فى هذه الحالة مسئولية مطلقة إلا إذا حصل الضرر أو التلف بإهمال المسافر نفسه أو ممن يسأل عنهم أو من القوة القاهرة (٥٥٠ من مجموعة القانون المدنى الإنجليزى)[٢].

وبالنسبة لمسئولية متعهد النقل عن تلف البضائع التى عهد بها إليه بنقلها إلا فى أحوال القوة القاهرة أو إهمال المرسل (م ٥٦٢).

كما يظهر تطبيق مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير بصورة واضحة فى حالة مسئولية المستأجر الأول عند التنازل عن الاجار أو الاجارة من الباطن. حيث يقضى القانون الإنجليزى فى الحالة الأولى بأن «الغير» المتنازل له يتدخل فى العقد الذى ينشأ بين المؤجر والمستأجر فيقف فى المسئولية إلى جانب هذا الأخير الذى يظل هو الآخر مسئولا أيضاً عن تنفيذ العقد الذى عقده مع المؤجر.

وفى حالة الإجارة من الباطن بما أن المؤجر لا يعرف المستأجر الثانى ولم يرتبط به بأى ارتباط ، بل ارتبط بالمستأجر الأول فحسب ، فإن هذا الأخير هو الذى يسأل وحده فى مواجهة المؤجر عن الاضرار التى قد تلحق بالمأجور[٣].

ومن التطبيقات التى طبق بها القضاء الإنجليزى مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ما حكم به من أن صاحب الاصطبل يسأل عن الجروح التى حدثت لحصان سلم إليه لتركيب حدوة ، وحدثت بفعل عامله فى أثناء ذلك[٤].

---

(١) جيرار : les "torts" en droit anglais ص ٤٢٨ وما بعدها.

(٢) جنكس Jenks ص ٦٧ وما بعدها. وأرنست ليهر الطبعة الثانية ١٩٠٦ ج ٢ ص ٢٤١ نبذة ٨٦٧ وما بعدها.

(٣) ليهر : المرجع السالف الذكر أعلاه جزء ١ ص ٢١٦ نبذة ٣١٢

(٤) » » » » » » ٢٩٩ نبذة ٩١١

الفرع الثانى

المسئولية العقدية عن فعل الغير فى الشريعة الإسلامية

وخلافا للتشريعات اللاتينية والتشريعات الجرمانية التى عنيت بصياغة القواعد القانونية فى نظريات موحدة عامة لم تعن الشريعة الإسلامية بهذا الأسلوب فى الصياغة القانونية . ولهذا السبب لو أراد الباحث أن يصوغ ، مما تحت يديه من التطبيقات الشرعية ، مبدأعاما يحكم المسئوليه العقدية عن فعل الغير لكان عمله هذا ضربا من العبث .

نعم قد نجد لهذا المبدأ بعض التطبيقات فى بعض الأحوال ، ولـكن المبدأ العام السائد فى الشريعة هو المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى إذا صح أنه يمكن أن يوجد مايدعى بالمبدأ العام فى المسئولية العقدية فى الشريعة الإسلامية .

ومن يتصدى لبحث المسئولية العقدية فى الشريعة الإسلامية يلاحظ أن المعنى الدقيق لهذا الاصطلاح لم يعن به فقهاء الشريعة ، وأن التعويض المعروف لا يثور فيه البحث إلا بخصوص مناقشة تحمل تبعة الهلاك [١] .

فمن التطبيقات الظاهرة التى يطبق فيها فقهاء المذاهب الإسلامية ، مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ما قال به بعض فقهاء الحنفية من ضمان الأجير المشترك لأفعال من يعهد إليه أمر القيام بالعمل وقد قيد بعضهم ذلك بقيود [٢] .

فنى مبسوط السرخسى ولو وطأ الأجير الخاص للقصار على ثوب مما لا يوطأ عليه فى دقه فكان الضمان عليه خاصة لأنه غير مأذون من جهة الأستاذ فى الوطأ فكان متعدياً فيما صنع . وإن كان مما يوطأ عليه فلا ضمان عليه لأنه مأذون فى الوطء عليه فيكون فعله كفعل الأستاذ . وإن كان الثوب وديعة عند القصار فالأجير ضامن وإن كان ذلك مما يوطأ عليه لأنه غير مأذون فى بسطه والوطأ عليه من جهة الأستاذ فإنه إنما أذن له فى العمل فى ثياب القصارة دون ودائع

---

(١) راجع شفيق شحاته : النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية رسالة القاهرة ١٩٣٦ ص ٩٠ وما بعدها فقرة ٥٠ . وأستاذنا فضيلة الشيخ على الخفيف الحق والذمة دروس على طلبة قسم الدكتوراه سنة ١٩٤٨ ــ ١٩٤٩ ص١٦٣

(٢) راجع كتاب الفقه على المذاهب الأربعة : عبد الرحمن الجزيرى مطبعة السعادة ١٩٣٥ الطبعة الأولى جزء ٣ ص ١٩٧ تحت رقم ٢٢٦٧٢ مكتبة كلية الحقوق .

الناس عنده . ولو حمل الإنسان حملا فى بيت القصار ومن ثياب القصارة فعثر وسقط فتخرق بعضها كان ضمان ذلك على القصار دون الأجير لأنه مأذون فى هذا العمل من جهة الأستاذ (القصار) . ولو دخل بنار السراج بأمر القصار فوقعت شرارة على ثوب من القصارة أو وقع السراج من يده ، فأصاب دهنه ثوباً من القصارة فالضمان على الأستاذ دون الغلام لأنه مأذون من جهته فى إدخال النار بالسراج . ولو أن غلام القصار انفلتت منه المدقة فيما يدق من الثياب فوقعت على ثوب القصارة فخرقته فالضمان على القصار دون الغلام لأنه مأذون من جهة الأستاذ . ولو وقع على ثوب إنسان من غير القصارة ، كان ضمان ذلك على الغلام دون القصار ، لأنه غير مأذون فى دق ذلك الثوب . ولو وقعت المدقة على موضعها ثم وقعت على شيء بعدها فلا ضمان على الأجير لأنها كما لو وقعت على المحل المأذون فيه فصار العمل مسلماً وخرج من جهة الأجير ، فلا ضمان عليه بعد ذلك وإنما الضمان على الأستاذ[1] .

ومن هذه التطبيقات أيضا ما قالوا به من مسئولية السيد عن أفعال العبد . ففى القواعد للحافظ بن رجب الحنبلى : ضمان السيد للعبد . قال فى الفنون الصحيح التفرقة بين ما يحال الضمان على فعله كالآدمى ، وما لا يحال عليه الضمان كالحيوانات والجمادات[2] . فإذا حل قيد العبد لم يضمن ، وهذا الذى قاله يصح لو كان العبد من أهل الضمان لسيده ، فإذا لم يكن من أهل الضمان للسيد تعين إحالة الضمان على المتسبب[3] .

وما جاء فى « مفتاح الكرامة » . ولو أجر مملوكه أو استوجر بإذنه فأفسد ضمن المولى فى سعيه كما فى الشرائع والتحرير والمختلف وقال فى النهاية كان مولاه ضامناً لذلك وهو خيره الكافى ، قال ولا يجوز استئجار العبد ، ولا الأمة ولا المحجور عليه لسفه أو صغر ، إلا بإذن الولى وضمان ما يفسدون عليه ،

---

(١) يشبه هذا فى القانون الوضعى الفصل بين الفعل الذى يقع أثناء تأدية الوظيفة والفعل الذى يقع خارجها .

(٢) المبسوط للامام السرخسى الحنفى : ج ١٦ ص ١١ وما بعدها

(٣) القواعد لأبى الفرج بن عبد الرحمن بن رجب الحنبلى والقاعدة ٨٩ ص ٢٠٤

فلم يقيده بكونه فى كسبه وهو خيرة الإرشاد والروض ومجمع البرهان . وفى التهذيب فى الحسن عن أبى عبد الله (الصادق) عليه السلام ، قال : قضى أمير المؤمنين (على بن أبى طالب) فى رجل كان له غلام استأجره صانع أو غيره قال إن كان قد صنع شيئاً أو أبق منه فمواليه ضامنون[1] » .

وأظهر مثال لتطبيق مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ما جاء فى المنتزع المختار قوله والذاهب فى الحمام يجب ضمانه (بحسب العرف) لأن الحمامى كالأجير المشترك فى ضمان اللباس والطاسة وما أشبه ذلك أن جرى العرف بتضمينه وإنما يضمن بشرطين الأول أن يضع ثيابه بحضرته أو بحضرة أعوانه والثانى أن يترك الثياب فى الموضع المعتاد[2] .

على أن القاعدة العامة للمسئولية العقدية فى الشريعة الإسلامية هى التى تنهض على أساس الخطأ الشخصى كما قلنا ، وإن كانت هذه المسئولية فى الشريعة لا تتسع كاتساعها فى الشرع الوضعى . ففيها لا يقوم التعويض إلا عند حالة استحالة التنفيذ الناتج عن هلاك الشىء الذى يلتزم المدين بأدائه . أما فى غير ذلك من الأحوال فليس فيها مجال لتعويض الدائن . فإذا ما امتنع المدين بالالتزام بعمل عن القيام بالوفاء بالتزامه ولم يمكن التنفيذ العينى فلا يصار إلى التعويض بل يكون هناك مجال للفسخ فحسب . وكذا الأمر فيما لو آجر شخصا أو استأجر دارا وامتنع الأجير عن تسليم نفسه أو امتنع المؤجر عن تسليم الدار[3] .

وتقوم قواعد ضمان الهلاك فى الشريعة الإسلامية على القواعد الكلية الآتية :

أولا : لا ضرر ولا ضرار .

ثانياً : الضرر يزال .

ثالثاً : الجواز الشرعى ينافى الضمان .

---

(١) مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة للسيد محمد جواد العاملى جزء ٨ ص ٢٧٧ وما بعدها فى كتاب الإيجار فى فقه الشيعة الإمامية .

(٢) المنتزع فى فقه الأئمة الاطهار أبو الحسن عبد الله بن مفتاح جزء ٢ ص ٢٨٤

(٣) راجع الدكتور شفيق شحاته رسالة القاهرة ص ٩٠ وراجع أيضاً أستاذنا الجليل الشيخ على الخفيف نظرية الحق والذمة ص ١٦٣ المشار إليهما آنفا . وراجع فى أسباب الضمان وموجباته القواعد لأبى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى ص ٨٩ وما بعدها .

رابعاً : المباشر ضامن وإن لم يتعمد .

خامساً : إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر .

سادساً : الأجر والضمان لا يجتمعان[1] .

ففى جميع مسائل ضمان الهلاك تطبق هذه القواعد فى مختلف المذاهب على اختلافها فى تفاصيل الأحكام ويمكن أن نستقى من كتبهم فيما عالجوه من مسائله فى الإيجار والوديعة والعارية والرهن والوكالة لنقف على مايرونه بشأن المسئولية .

الإيجار :

ففيما يتعلق بالإيجار فإن قواعد الشريعة الإسلامية تقضى بأن المستأجر مأذون فى الانتفاع بالمأجور هو وعياله وله أن يستعمله حسب ما أعد له . وهو فى كل الأحوال لا يسأل إلا بفعله الشخصى . فإن هلك المأجور بيده بدون تعد انفسخ الإيجار ، ولا يضمن حسب القاعدة القائله بأن الأجر والضمان لا يجتمعان . وإذا هلك بتقصيره فإنه يكون غاصباً . أما إذا هلك بفعل غيره سواء أكان من فعل من هم عياله أو أجنبى فإنه لا يكون غاصباً حسب القاعدة التى تقول إن الجواز الشرعى ينافى الضمان (ضمان الغصب) وحكم هلاك المأجور فى هذه الحالة حكم سائر الأمانات .

ومذهب الحنفية فى هذا الشأن أن للمستأجر أن يسكن بنفسه أو يسكن غيره بأجرة أو بغير أجرة حتى لو شرط أن يسكن وحده فهذا الشرط لا يعمل به ، ومثل الدكاكين والدور كل شىء لا يختلف باختلاف المستعمل كالأرض الزراعية والآدمى المستأجر للخدمة . أما ما يختلف باختلاف المستعمل فإنه لا يصح أن يؤجرها لغيره وللمستأجر أن يعمل فيها كل ما لا يضر بها[2] . وحكم العامل عند الحنفية هو أنهم قسموه إلى أجير خاص وأجير مشترك . وحكم الأجير المشترك أنه فيما هلك فى يده تفصيل وذلك لأنه إما أن يهلك بفعله

---

(١) راجع كتاب المعاملات للشيخ أحمد أبو الفتح ص ١٨ وما بعدها ومجلة الأحكام العدلية المقدمة فى القواعد العامة .

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ص ١٥٥ وما بعدها .

أو بفعل غيره فإن هلك بفعله فإنه يضمنه سواء كان متعدياً أم لا . وإذا هلك بفعل غيره فإن كان للعامل أن يحترز عن الهلاك ثم قصر فإنه يضمن كذلك أما إذا لم يمكنه أن يحترز فإن فى ذلك خلافا فبعضهم يقول يضمن مطلقاً سواء كان معروفاً بالصلاح أم لا وبعضهم يقول لا يضمن بشرط الصلاح والبعض الآخر يقول لا يضمن مطلقاً[1] . وقد جاء هذا الباب فى « مجمع الضمانات » عن ضمان مستأجر الدواب والأمتعة والعقار فى ص ١٢ و ٢٤ و ٣١ وقال فى ضمان الحارس : استأجر رجلا لحفظ الخان فسرق من الخان لا ضمان على الحارس لأنه يحفظ الأبواب ، ويسأل الأجير المشترك بالتقصير (ص ٣٤) .

وجاء فيه دفع إلى نساج غزلا لينسجه ودفع النساج إلى آخر لينسجه فخرق فى بيت الآخر فلو كان أجير الأول برا ولو كان أجنبياً ضمن النساج الأول لا الآخر عند أبى حنيفة وعندهما (أى عند محمد وأبى يوسف) ضمن أيهما شاء . وجاء فيه أيضاً لو فرغ الخياط من العمل وبعث بالثوب على يد ابنه الصغير إلى مالكه فهلك فى الطريق لا يضمن لو كان عاقلا يمكنه الحفظ وإلا ضمن[2] .

ويورد صاحب القواعد رأى الحنابلة فيقول : العقد الوارد على عمل معين أما أن يكون لازما ثابتا فى الذمة بعوض كالإجارة ، فالواجب تحصيل ذلك العمل ولا يتعين أن يعمله المعقود معه إلا بشرط أو قرينة تدل عليه ، وأما أن يكون غير لازم وإنما يستفاد التصرف فيه بمجرد الإذن فلا يجوز للمعقود معه أن يقيم غيره مقامه فى عمله إلا بناء على إذن صريح أو قرينة دالة عليه . وله صور : فالأجير المشترك يجوز له الاستنابة فى العمل لأنه ضمن تحصيله لا عمله بنفسه . واستثنى الأصحاب من ذلك أن يكون العمل متفاوتا كالنسخ فليس له الاستنابة فيه بدون إذن المستأجر صريحا . ونقلت من خط القاضى

---

(١) المرجع السابق ص ٢٠٠ .

(٢) مجمع الضمانات ص ٤٠ وهنا نلاحظ اختلاف وجهة نظر الشريعة والقوانين الوضعية فيما يتعلق بالمسئولية عن فعل الغير ، إذ أن أساس المسئولية فى الشريعة هو التقصير ولهذا لو كان المباشر أجيراً فى هذه الحالة لم يضمن النساج بخلاف ما إذا كان أجنبياً فالضمان يقع عليه أى على النساج لأنه يعتبر مقصرا بالرجوع إلى الأجنبى لنسج الغزل وكذا فى الحالة الثانية .

على ظهر جزء من خلافه قال نقلت مسائل ابن أبي حزب الجرجاني قال سمعت أبا عبد الله سئل قال دفعت ثوباً إلى خياط فقطعه ثم دفعه إلى آخر ليخيطه قال هو ضامن ، ولعل هذا فيما إذا دلت الحال على وقوع العقد فيه على خياطة المستأجر لجودة صناعته وخدمته وشهرته بذلك ولا يرضى المستأجر بعمل غيره والمذهب الجواز بدون القرينة[١] .

ويقول المالكية أنه يجوز وإن كان مكروها لمن استأجر دابته أن يؤجرها لمن هو مثله فى الخفة ولا ضمان عليه إن ضاعت بلا تفريط أو ماتت إما إذا أجرها ليحمل عليها شيئاً فإنه يجوز له أن يؤجرها غيره ليحمل عليها مثل ذلك وعلى هذا الحنابلة أيضاً[٢] .

وقال الشافعيه كما عبر عنه فى نهاية المحتاج : ولو تعدى المستأجر فى ذات العين ضمن بالتعدى[٣] . وجاء فى مفتاح الكرامة فى فقه الامامية : العين أمانة فى يد المستأجر لا يضمنها إلا بتعد أو تفريط منه ولا نعلم فى ذلك خلافا . وكذا يد الأجير على الثوب الذى تراد خياطته أو صنعه أو قصارته أو على الدابة لرياضتها سواء كان مشتركا أو خاصا .

والضمان محكى عن يونس بن عبد الرحمن قال فى المقنعة القصار والخياط وأتباعهم من الصناع يضمنون ما تسلموه من المتاع إلا أن يظهر هلاكه منهم ويشتهر بما لا يمكن دفاعه (دفعه) أو تقوم لهم بينة بذلك . ثم قال والملاح والمكارى والحمال ضامنون للأمتعة إلا أن تقوم لهم بينة بأنه هلك من غير تفريط ولا تعد فيه ، وقال فى الانتصار الصناع كالقصار والخياط وما أشبههما ضامنون المتاع الذى يسلم إليهم إلا أن يظهر هلاكه ويشتهر بما لا يمكن دفعه أو تقوم بينة بذلك[٤] .

---

(١) القواعد القاعدة ٦٩ ص ١٢٣ .

(٢) فقه المذاهب الأربعة المرجع السالف الذكر .

(٣) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٣٣٦ .

(٤) مفتاح الكرامة جـ ٧ ص ٩٥ وفيه أيضا عن على بن جعفر عن أخيه عليه السلام فى رجل استأجر دابة فأعطاها غيره فنفقت فقال إن كان شرط عليه ألا يركبها غيره فهو ضامن وإذا لم يسم فليس عليه شىء جـ ٦ ص ٧٥ .

وفى المنتزع على مذهب الزيدية قال والإجارة يدخلها أربعة أشياء والرابع (التضمين) للعين المؤجرة فيضمنها (يقصد المستأجر) ولو كانت بغير تفريط ، ولو فسدت الإجارة بأى وجه فضمانه ضمان المشترك فى الصحيحة والفاسدة جميعاً . قوله (غالباً) يحترز من تضمين ما ينقص بالاستعمال فإنه لا يصح ، بل يكون الشرط باطلا . وهذا حاصل كلام المنتزع فى ضمان مستأجر الدواب وفى إجارة الآدميين . قال فى بيان الأجير الخاص : وأحكامه إذا ذكرت المدة وحدها ولم يعين العمل فهو الأجير الخاص وتتبعه أحكام مخصوصة ، قال (والحكم الثانى) أنه لا يضمن إلا فى صورتين أحدهما أن يتلف بتفريط وقع منه . والثانى قوله (أو تأجير على الحفظ) فإنه يضمنه ضمان المشترك . والأجير المشترك يضمن بشرط اليد ، إلا حيث تكون العادة جارية على أن الأجير المشترك لا يضمن . ويقول وحاصل الكلام فى المسألة أن المالك لايخلو أن يأذن للأجير بالاستنابة أو يمنعه أو يطلق . إن إذن فلا تعد وكان ضمانها ضمان المشترك وإن منع كان متعدياً والخلاف فى الإطلاق . وقال فى فصل بيان من يضمن ومن لا يضمن الذى لا يضمن المستأجر والمستعير والمستام (وهو المتروى للسلع وقيل الدلال ومثله المشترى بخيار لهما أو للبائع) فهؤلاء الثلاثة لا يضمنون أما إذا شرط على المستأجر والمستعير الحفظ فهما فيه كالأجير المشترك والمذهب لا ضمان مطلقا[1] .

الوديعة :

الحنفية قالوا يضمن الوديعة الوديع إذا ضاعت أو تلفت فى أمور منها أن يدفعها لأجنبى عنده فتلفت أو تضيع دون ضرورة . على أن للوديع أن يحفظ الوديعة عند من يساكنه عادة من عياله وإن لم يسكن معه بالفعل أو ينفق عليه فيجوز له أو يحفظها عند ولده وزوجه كما يجوز له أن يحفظها عند والديه وأن لم يحسب من عياله . فإذا دفع الوديعة لولده ونحوه ممن يساكنهم فهلكت عند الثانى فإن الأول لايضمن لأنه دفعها لمن يصح أن يحفظ

---

(١) المنتزع المختار ج ٣ ص ٢٦٠ ، ٢٧١ ، ٢٨١ ، ٣٠٩ وما بعدها .

عنده ماله وإنما يشترط أن يكون الولد ونحوه قادرا على حفظ الوديعة ومعروفا بالأمانة(١) .

وجاء فى فتح القدير قال : الوديعة أمانة فى يد المودع إذا هلكت فى يد المودع لم يضمن لقوله (صلعم) « ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان » ، وذلك لحاجة الناس إلى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم . قال وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن فى عياله ، لأن الظاهر أنه يلزم بحفظ ما لغيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه ولأنه لا يجد بدآ من الدفع إلى عياله . لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة أو الزوجة فكان المالك راضياً به ، أما إن حفظها بغيرهم أو أودعها غيره ضمنها(٢) .

وتنص « الفتاوى الهندية » على أنه : وللمودع أن يدفع الوديعة إلى من كان فى عياله كأن يكون المدفوع إليه زوجه أو ولده أو والديه إذا لم يكن متهماً يخاف على الوديعة منه هكذا فى فتاوى قاضيخان ، والعبرة فى هذا الباب فى المساكنة معه سواء كان فى نفقته أم لا فى حق الزوجة والابن الصغير والعبد فالإبن الصغير إذا لم يكن فى عياله فدفع إليه لا يضمن ولكن يشترط أن يكون الصغير قادراً على الحفظ ، والزوج إذ كان يسكن فى محلة والزوجة تسكن فى محلة أخرى فدفع إليها الوديعة فلا ضمان عليه .

وتنص المادة ٧٧٨ من مجلة الأحكام العدلية أنه إذا وقع من يد خادم المستودع شىء على الوديعة فتلفت لزم الخادم الضمان وتنص المادة ٧٨٠ على أن الوديعة يحفظها المستودع بنفسه أو يحتفظها أمينه كمال نفسه فإذا هلكت فى يده أو عند أمينه بلا تعد ولا تقصير فلا ضمان عليه ولا على أمينه . وتنص المادة ٧٩٥ على أنه يرد المستودع الوديعة ويسلمها بذاته أو على يد أمينه وإذا أرسلها وردها بواسطة أمينه فهلكت قبل وصولها للمودع بلا تعد ولا تقصير فلا ضمان .

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة جـ ٢ ص ٣٤٥

(٢) نتائج الإنكار فى كشف الرموز والاسرار على فتح القدير للكمال بن الهمام جـ ٧ ط أولى سنة ١٣١٧ ص ٨٩ وما بعدها .

وقال المالكية يضمن الوديع الوديعة بأمور كان يودعها عند أمين آخر بدون إذن صاحبها فإذا فعل وضاعت كان ضامناً لها بشرطين : أن يودعها عند أجنبى أما إذا أودعها عند زوجه أو أمه أو شخص آخر استأجره لخدمته فإنه لا يضمن والثانى أن يودعها عند الأجنبى بغير عذر[١] .

وجاء فى المدونة الكبرى جواز الإيداع عند الأمين وهو مذهب المالكية[٢] .

وذهب الحنابلة كما جاء فى القواعد إلى أن قبض مال الغير من يد قابضه بحق بغير إذن مالكه إن كان يجوز له إقباضه فهو أمانة عند الثانى إن كان الأول أميناً وإلا فلا أو لم يكن إقباضه جائزاً فالضمان عليهما ويتخرج وجه آخر ألا يضمن غير الأول من ذلك مودع المودع فإن كان حيث يجوز الإيداع فلا ضمان على واحد منهما وإن كان حيث لا يجوز فالضمان على الأول ومنه المستأجر من المستأجر فإن كان يجوز الإيجار بأن كان ممن يقوم مقامه فى الانتفاع فلا ضمان[٣] .

والشافعية قالوا الوديع أمين لا ضمان عليه بحسب الأصل وإنما يضمن لعارض من العوارض سواء كانت الوديعة بأجرة أو بغير أجرة ومن صور هذه العوارض أن يدفعها إلى شخص آخر سواء كان ذلك الشخص أجنبياً عن الوديع أم ولدا أو زوجة أو خادماً . وكذا ليس له إيداعها عند القاضى إلا بإذن مالكها . نعم للوديع أن يستعين فى حفظها بحارس أو خادم يعلفها ويسقيها إذا كانت دابة بحسب ما جرت به العادة ويضمنها بشرطين الأول أن يفعل بدون إذن صاحبها والثانى بدون عذر[٤] .

وفى نهاية المحتاج الوديعة أمانة غير مضمونة إلا بالتفريط[٥] . وقال الشافعى — رحمه الله — لو أودع الرجل الوديعة فاستودعها غيره ضمن أن تلفت ، لأن المستودع رضى بأمانته لا أمانة غيره ولم يسلطه على أن يودعها غيره وكان

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٣٥٢
(٢) المدونة الكبرى ج ٤ ص ٣٥١
(٣) القواعد القاعدة ٩٤ ص ٢١٦
(٤) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٣٥٨
(٥) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٥٦

متعدياً ضامناً أن تلفت[١] . وهذا هو فقه الإمامية أيضاً قال فى مفتاح الكرامة : موجبات الضمان وينتظمها شىء واحد هو التقصير ومن أسبابه الإيداع فلو أودعها عند زوجته أو عبده أو أجنبي وإن كان ثقة من غير ضرورة ولا إذن ضمن[٢] .

وعند الزيدية هى أمانة إجماعاً فلا تضمن إلا لتعد من الوديع وهو أن يتصرف فيها لنفسه كاستعمال نحو أن يلبس الثوب أو يركب الدابة ونحو إعارة أو تأجير أو رهن فإنه يصير ضامناً بذلك لأجل التعدى أو وضع الوديعة مع من لا يستحفظ مثلها معه ضمنها فلو وضعها مع من يثق به من أهله وولده وسائر من يثق به فى أمواله ليحفظها فى منزله الذى يسكنه فتلفت لم يضمنها . وإن دفعها إلى هؤلاء ليحفظوها فى غير منزله الذى يسكنه ضمنها وهذا قول زيد ابن على وقال « ش » يضمن فى كل ذلك إلا أن تدعو الضرورة إليه[٣] .

العارية :

والعارية أمانة بالإجماع ولا يضمن المستعير إلا إذا تعدى أو فرط فيها أو خالف المعروف فى استعمالها . وقال فى مجمع الضمانات العارية أمانة إن هلكت من غير تعد خلافا للشافعى . ومحل الخلاف أن تهلك فى غير حالة الاستعمال أما لو هلكت فى حالة الانتفاع لم يضمن بالإجماع[٤] .

وقال فى فتح القدير وللمستعير أن يعير المستعار إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعى ليس له أن يعيره لأنها إباحة المنافع والمباح له لا يملك الإباحة ، وهذا أى الإعارة إباحة ، لأن المنافع غير قابلة التملك لكونها معدومة وإنما جعلت موجوده فى الإجارة للضرورة وقد اندفعت فى الإعارة بالإباحة فلا يصار إلى التمليك . ولنا أنها تمليك المنافع على ما مرت حيث ضمن مثله كالموصى له بالخدمة جاز أن يعير لتملكه المنفعة[٥] .

---

(١) كتاب الأم ج ٧ ص ١٠٦

(٢) مفتاح الكرامة ج ٦ ص ١٦ وهو يقول وهذا عند علمائنا .

(٣) المنتزع المختار ج ٣ ص ٥١١ وما بعدها . يقصد بـ (ش) الإمام الشافعى .

(٤) مجمع الضمانات ص ٥٥ . وراجع المبسوط ج ١٦ ص ١٥٦ .

(٥) فتح القدير ج ٧ ص ١٠٦ هامش شرح العناية .

وتنص المادة ٨٣٤ من المجلة أن للمستعير أن يودع العارية عند آخر فإذا هلكت فى يد المستودع بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم الضمان .

وهذا هو رأى الحنابلة والمالكية[١] . وقال فى مفتاح الكرامة : العارية أمانة لا يضمنها المستعير إلا بالتفريط فى الحفظ أو التعدى أو اشتراط الضمان وهذا بالإجماع كما فى جامع المقاصد وفى المهذب البارع والمغنية . وقال وللمستعير الانتفاع بما جرت به العادة[٢]. وفى المنتزع أحكام العارية أنها تضمن بالتضمين (أى شرط الضمان) ، وكذا التفريط إذا جرى من المستعير كأن يودعها بغير عذر أو يردها مع غير معتاد ، أو نحو ذلك فإنه يضمن[٣] .

الرهن :

قال الحنفية إن الرهن مضمون بالأقل من القيمة ومن الدين وبأنه لايجوز الانتفاع به إلا بإذن الراهن . وقال فى مفتاح الكرامة أن الرهن أمانة فى يد المرتهن لا يضمن أن هلك كما فى المقنع والنهاية والمبسوط وفى الدروس أنه أمانة لايضمن إلا بتعد أو تفريط على الأشهر ونقل فيه الشيخ الإجماع هنا وفى المنتزع أن المرهون مع المرتهن كالوديعة فى أنه لا يجوز الانتفاع به إلا بإذن الراهن ولا تأجيره ولا رهنه ولا شىء من التصرفات وإذا تصرف فيه ضمن[٤] .

الوكالة :

يتفق فقهاء الشريعة على الإجماع فى أن تصرف الوكيل لا ينفذ على موكله إلا فى حدود ما وكل به . فإذا وكل آخر من غير إذنه لا يصح . وقال المالكية إنه يصح فى حالتين ، الأول أن يكون وكيلا على أمر لا يليق به أن يتولاه بنفسه كما إذا وكله ببيع دابة فى الطريق العام . ثانياً أن يوكله على عمل كثير

---

(١) راجع القواعد جـ ٣ ص ١٦٧

(٢) مفتاح الكرامة جـ ٦ ص ٦٩

(٣) المنتزع المختار جـ ٣ ص ٤٣٠

(٤) راجع ففتاح الكرامة جـ ٥ ص ٥٩٦ والمنتزع المختار جـ ٣ ص ٤٠٣ وراجع أحكام الرهن فى المذاهب الأربعة فى الفقه على المذاهب الأربعة .

لا يستطيع أن يتولاه وحده وهذا ما يراه الحنابلة والشافعية والحنفية[1] .
والمهم فى كل هذا أنه إذا صح التوكيل فلا يسأل الوكيل الأول عن أفعال الوكيل الثانى ، ويلاحظ أن هذه الحالة تشبه وضع المسألة بالنسبة للقوانين الوضعية .

ونستخلص من كل ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية يقيمون على وجه الإجمال مسئولية الإنسان على فعله الشخصى ، وأنهم يميزون فى مسئوليته عن أفعال الغير بينما إذا كان مأذوناً فى التصرف فيما عنده ، وبينما إذا كان غير مأذون ففى الأولى يسأل الغير فقط فهو الفاعل المباشر عن هلاك الشىء موضوع العقد إذا كان متعدياً ، ويسأل الأول فى الثانية لأنه متعد ، وقد يسأل معه « الغير » إذا كان قد تلقى الشىء عن طريق غير شرعى . وأن فقهاء الشريعة الإسلامية بما عرف عنهم من الدقة الفائقة فى اختيار وانتقاء الألفاظ قد أطلقوا كلمة الضمان على الأحوال من المسئولية التى يسأل فيها الشخص بدون تعد منه ولا تفريط . وهم يطلقونها أيضاً على أحوال المسئولية بالمعنى الفنى الدقيق ، وذلك باعتبار أن الإنسان يضمن أخطاءه الشخصية مع ما ينتج عنها من ضرر للغير .

ونحن نرى أنه مامن مانع يمنع على الإطلاق اجتهاد فقهاء الشريعة الإسلامية — مع ملاحظة ما يقال من أن باب الاجتهاد مقفول فى المذاهب الأربعة — فى ترتيب أحكام المسئولية العقدية عن فعل الغير والأخذ بها إذا دعت إلى ذلك المصلحة فالقواعد الكلية العامة فى الشريعة كلية فى هذا الشأن .

---

(١) راجع الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٢٧٥ وما بعدها .

الفصل الخامس

تاريخ مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير
فى القانونين المصرى والعراقى

تلعب مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير دوراً خطيراً فى هذين القانونين ويجمع بينهما أن كلا منهما قد أورد نصا عاما واحداً متشابهاً اعترف فيه دلالة بقيام المبدأ العام لهذه المسئولية . وقد كان المشرع المصرى للقانون المدنى القديم قد حذا حذو القانون الفرنسى فى إيراده لنصوص متفرقة تعالج مشكلة المسئولية عن فعل الغير دون أن يعنى بالإشارة فى نص من نصوصه إلى المبدأ العام . وعلى هذا فسنبحث فى فرعين عن تاريخ المسئولية العقدية عن فعل الغير فى كل من القانونين المصرى والعراقى .

الفرع الأول
الوضع فى التشريع المصرى

لقد تتبع المشرع المصرى خطوات المشرع الفرنسى فكان مشروع القانون المدنى القديم يسير على هدى القانون الفرنسى لعام ١٨٠٤ دون أن يعنى بتجديد أو ابتكار ، وقد كانت ظروف سن القانون القديم هى التى أجبرته على هذا التقليد ولم تمكنه من الابتكار والتجديد[١] .

وعلى ذلك فإن نفس التطبيقات التى وردت فى نصوص القانون الفرنسى هى نفسها التى يلقاها الباحث بين نصوص القانون المدنى القديم .

ولقد تابع الفقه المصرى الفقه الفرنسى فى المناقشات التى دارت حول إمكان

---

(١) راجع أحمد زكى الشيتى : مذكرة فى تكوين العقد وتفسيره فى القانون المدنى الجديد — القاهرة ١٩٤٩ ص ٦ وما بعدها .

تعميم هذه النصوص لإقامة نظرية عامة فى المسئولية العقدية عن فعل الغير[١] .

على أن الأمر قد اتضح بصورة قاطعة . إذ دخلت مشكلة المسئولية عن فعل الغير فى الميدان التعاقدى بعهد جديد فى التشريع المدنى الحالى على أساس النص الوارد فى المادة « ٢١٧ » والذى يمكن الاستنتاج منه عن طريق دلالة الإشارة وجود المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير . غير أنى لم أصل لحد الساعة إلى إدراك الحكمة من عدم النص فى هذا القانون على المبدأ العام بنص قاطع صريح .

تنص المادة (٢١٧) عند كلامها على اشتراطات الإعفاء من المسئولية ، على أنه « وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه العقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئة الجسيم ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه .

الفرع الثانى

المبدأ فى القانون العراقى

كانت مجلة الأحكام العدلية . وهى مجموعة قواعد قانونية أخذت من النصوص الشرعية لمجموع الفقه الحنفى فى الشريعة الإسلامية ، هى القانون المدنى فى العراق قبل أن يصدر القانون المدنى العراقى الجديد الذى حل ميعاد تطبيقه فى ١٩٥٣/٩/٨[٢] .

وقد سبق أن عرضنا عند دراستنا المقارنة لمسلك الشريعة الإسلامية من ناحية وضع المسئولية العقدية عن فعل الغير ، فقلنا إن الشريعة الإسلامية لم تكن لتعنى بتوحيد مختلف التطبيقات التى ترجع إلى وضع قانونى معين

---

(١) سليمان مرقص ، المرجع المشار إلية سالفا ص ٤١٠ ، وبهجت بدوى . أصول الالتزامات ص ٤٥٧

(٢) أشارت جريده الأهرام صباح يوم ١٩٥٣/١٠/١٦ إلى أن مشرع القانون العراقى العلامة العميد الأستاذ السنهورى قد لبى الدعوة التى وجهها إليه وزير العدل العراقى لأخذ وجهة نظره فى كيفية تطبيق القانون الجديد ووضع الخطوات اللازمة لذلك . وقالت (المصرى) إن القانون المدنى الجديد قد طبق فعلا .

لتصوغ منه نظرية عامة ، بل تكتفى بإيراد مجرد القواعد القانونية التفسيرية لا غير .

فتاريخ مشكلة المسئولية العقديه عن فعل الغير فى العراق كان يقوم إذن على نفس الأساس التى كانت تماج به هذه المشكلة فى الشريعة الإسلامية .

وقد كان القانون التجارى العراقى الذى صيغ على أسلوب حديث يقدم فى الماضى أمثلة تطبيقية لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير[1] غير أنه لم يكن من الميسور إقامة مبدأ عام للمسئولية العقدية عن فعل الغير على أساس النصوص المتفرقة للقانون التجارى نظراً للطبيعة الاستثنائية لهذا القانون .

ولكن الأمر قد تغير لصدور القانون المدنى العراقى الجديد والذى حل موعد تنفيذه فى ٨ أيلول سبتمبر من هذا العام كما عرضنا أعلاه . فلقد أشار المشرع العراقى الجديد إلى هذا المبدأ ناسجا على منوال زميله المشرع المصرى الجديد فى المادة ٢٥٩ التى نقلت حرفياً عن المادة ٢١٧ من القانون المصرى المشار إليه .

---

(١) تنص المادة ٣٣٣ من قانون التجارة العراقى رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٩ على أن الناقل مسئول عن الأخطار والأفعال الصادرة من قبل الناقلين الذين قاموا مقامه أو من قبل معاونيه والأشخاص الذين أودع إليهم نقل الأشياء حتى تسليم الأشياء للمرسل إليه .

وتنص المادة ٣٦٠ منه . لا يكون الناقل مسئولا عن الحوادث التى يتعرض إليها المسافر قضاءا وقدرا أثناء السفر ما لم يثبت أنها حدثت بفعل الناقل أو بتقصيره أو بأفعال من هو مسئول عنهم .

الباب الثانى

الأساس القانونى للمبدأ العام فى المسئولية العقدية

عن فعل الغير

تمهيد : خطورة تحديد ودراسة هذا الأساس القانونى :

إن مشكلة الأساس القانونى للمسئولية العقدية عن فعل الغير كما يقول سأورك[1] soarec تشغل فى أعلى درجتها أفكار العالم القانونى فإنه وإن كانت هذه المشكلة قد نوقشت خلال الثلاثين سنة الأخيرة إلا أنه ليظهر أن هذا النقاش لا يمكن أن ينتهى أو أن يكف عنه ، فهو مما ليس منه بد ، وذلك لأن هذه المشكلة على درجة واضحة من الصعوبة والتعقيد ، وإنها فى الحقيقة لتعكس أفكارنا الخاصة فيما يتعلق بنفس التنظيم الاجتماعى الذى نخضع له .

وعندى أن لرأى وسأورك قيمة كبرى فيما يخص بحث الأساس القانونى فى القانون المدنى الفرنسى بحالته الراهنة والقوانين التى تأخذ عنه حرفياً ، أما فى القوانين الحديثة التى أخذت عن القانونين الألمانى والسويسرى فقد أصبح الأمر فيها أقل دواعية للجدل والنقاش حول هذا الأساس القانونى بعد أن أقيم المبدأ على نص تشريعى عام .

وفى الحق أن لتحديد الأساس القانونى للمسئولية العقدية عن فعل الغير فى تشريع ما أهميته الكبرى من الناحيتين النظرية والعملية إذ يمكن على هدى هذا الأساس القانونى معرفة قصد المشرع من النصوص التى يوردها فى علاج مشكلة هذه المسئولية . وتزداد خطورة دراسة الأساس القانونى فى التشريعات التى لم يرد فيها نص يضع المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير فتكون

---

(١) المرجع السالف الإشارة إليه ص ٥٣

على أعظم جانب من خطر الشأن فيما يتعلق بإمكان الوصول إلى تحديد غرض المشرع من النصوص المتفرقة التى يأتى بها كتطبيقات لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير . وهل إنه قصد من وراء هذه النصوص إلى إقرار المبدأ العام أو إلى قصر هذه النصوص على الحالات التى جاءت فيها وأشارت إليها فحسب . كما أن لتحديد الأساس القانونى خطورته الكبرى فى دراسة نفس النصوص ، وفى حدود تطبيقها ، وشروط هذا التطبيق ، ولهذا السبب تعتبر دراسة مشكلة الأساس القانونى أهم مسألة فى دراسة مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير ، وسنطيل شرحها والتعمق فيها علنا نستطيع أن نجلى ما يمكن إجلاءه فى هذه المشكلة الدقيقة .

وسنتكلم تحقيقاً لذلك عن الأساس القانونى فى مجموعتين من مجاميع التشريعات : أولا فى الأساس القانونى فى التشريعات التى لم يرد فيها نص عام يقرر المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير . ثم نعقب ذلك بدراسة الأساس القانونى فى التشريعات التى ورد فيها نص عام فى مبدأ المسئولية عن فعل الغير .

الفصل الأول

الأساس القانونى فى التشريعات التى لم يرد فيها نص عام

لقد قيل فى أساس المبدأ فى المسئولية العقدية عن فعل الغير عدة آراء ونظريات ، ونستطيع أن نصنف هذه الآراء والنظريات إلى مجموعتين ، المجموعة الأولى التى تتفق فى أنها ترجح الأساس القانونى لهذا المبدأ إلى الخطأ الشخصى للمدين . والمجموعة الثانية التى تطرح الخطأ الشخصى كأساس للمسئولية العقدية عن فعل الغير ، وسنعالج فى الفرعين التاليين نظريات كل من هاتين المجموعتين :

الفرع الأول

فى مجموعة النظريات التى ترجع الأساس القانونى للخطأ الشخصى

وتضم هذه المجموعة عدة نظريات تخلص فى النهاية جميعاً إلى رد الأساس الذى تقوم عليه مسئوليه المتعاقد عن فعل الغير إلى الخطأ . منها نظرية قرينة الخطأ ضد المدين بسوء الاختيار أو الرقابة ، ومنها نظرية الالتزام بنتيجة ، ومنها نظرية القوة القاهرة ، ونظرية النيابة . وسنعالج كل هذه النظريات تباعاً مع تقدير كل منها بما تستحق .

المبحث الأول

نظرية قرينة الخطأ ضد المدين بسوء الاختيار والرقابة

يؤكد بعض الفقهاء ومنهم « جيورجى » الفقية الإيطالى و « ودى باج » الفقيه البلجيكى أن المسئولية العقدية عن فعل الغير تنبنى على أساس خطأ المدين الشخصى . ويقول « جيورجى » أن المدين يسأل فى مواجهة الدائن بسبب أنه قد اختار بديله . وإذا اختار واستبدل عن نفسه شخصا ارتكب خطأ

فهو إذن قد أساء الاختيار وبسبب سوء هذا الاختيار يكون قد ارتكب الخطأ الذى يجب أن يسأل على أساسه فى مواجهة الدائن[١] .

أما « دى باج » فيقول « نحن نرى عند دراستنا لمسئولية السيد عن أعمال تابعية فى المسئولية التقصيرية أنه قد حصلت مناقشات واختلافات كثيرة حول نطاق قرينة الخطأ القانونية ، على أن مثل هذه المجادلات لا يمكن أن تستقيم فيما يتعلق بالمسئولية العقدية ، وذلك لأن المدين قد يخضع بحريته إلى التزام محدد . وإذا كان قد عهد إلى غيره بتنفيذ هذا الالتزام أو ساعده فيه ، إذا كان ذلك مسموحاً له ، فإن هذا لا يعتبر سبباً أجنبياً لا يد له فيه . ذلك لأنه كان ظاهرا أنه يستطيع أن ينفذ الالتزام بنفسه شخصياً أو على الأقل كان يجب عليه أن يراقب جيدا من عهد إليه بتنفيذ الالتزام أو من ساعده فى تنفيذه لكى يتجنب المسئولية »[٢]

ويذهب اسمان إلى ما يأتى « نحن الذين نعتبر أن كلا الوضعين من أوضاع المسئولية : المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية — يخضع لنفس المبادىء نرى أنه يمكن أن تطبق المادة (١٣٨٤) بطريق القياس ، وفى كل الأحوال ، على المسئولية العقدية . وأنه من المؤكد فيما يتعلق بالمسئولية العقدية عن فعل أو خطأ المساعد أو البديل أن تكون هذه المسئولية مبنية على أساس قرينة خطأ فى الرقابة أو الاختيار »[٣]

نقد هذه النظرية :

إن هذه النظرية هى نظرية قديمة — كما يلاحظ سأورك — وهو يقول أنها من جملة النظريات التى قيل بها لبيان أساس المسئولية التقصيرية عن فعل الغير التى أقيمت فى المادة ١٧٤/١٣٨٤ ويستطرد إلى القول بأن نظرية قرينة الخطأ هذه قد هجرت منذ زمن طويل وأنه ما من أحد يستطيع أن يفهم كيف يمكن

---

(١) جيورجى : الالتزام مشار إليه فى ديموج جزء ٦ ص ٦٢٨ وفى ستيفانى ص ٩٨

(٢) دى باج : المطول فى نظرية الالتزام فى القانون البلجيكى جزء ٢ ص ٥١٢

(٣) بلانيول وربير واسمان : جزء ٦ ص ٥٢٨ بند ٣٨١

أن تكون أساساً للمسئولية العقدية عن فعل الغير بعد أن ثبت عجزها عن أن تكون أساساً سليماً للمسئولية المقابلة ولذا يجب طرحها فى الوضع العقدى من باب أولى حيث يعوزها فيه نص القانون خلافاً لما هو حاصل فى الوضع التقصيرى .

ويظهر أن زاوية نظر فقهاء هذه النظرية إلى المسئولية العقدية عن فعل الغير زاوية خاطئة ، فلقد أشرنا أكثر من مرة إلى أن مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير تقع خارج نطاق الخطأ العقدى الشخصى(١) .

ثم أن هذه النظرية تعارض حقائق الأشياء ، لأنها تستتبع بحسب منطقها جواز تخلص المدين من المسئولية فى كل الأحوال التى يستطيع فيها أن ينفى حصول أى خطأ من جانبه فى اختيار بديله أو معاونه فى تنفيذ الالتزام . غير أنه لا يوجد أى نص من النصوص القانونية التى نص فيها على مسئولية المتعاقد عن فعل غيره يسمح بنفى هذه المسئولية عن عاتق المدين إذا ما أثبت انتفاء الخطأ الشخصى فى الاختيار أو فى الرقابة . فالمدين يسأل دائماً سواء أكان قد ارتكب الخطأ أو لم يرتكبه ، وسواء كان قد أساء الاختيار أو الرقابة أو لم يسىء ذلك إطلاقاً(٢) .

على أنه إذا اعترض على هذا الرد بأن قرينة الخطأ فى الاختيار أو الرقابة قرينة غير قابلة لإثبات العكس ، فإن هذا لا يكون ممكناً إلا بنص قانون صريح .

غير أننا نرى أنه حتى لو جاء نص من نصوص القانون مؤيداً قيام هذه القرينة ، فإن هذا لا يكون — فى رأينا — إلا تلاعباً بالألفاظ . إذ ماذا تعنى القرينة القانونية غير القابلة لإثبات العكس غير التزام قانونى بالضمان . . . ضمان الملتزم لفعل الغير فى هذه الحالة موضوع البحث .

ويظهر أن « اسمان » نفسه قد وجد مقصوراً فيما قاله ، فإنه فى نفس الفقرة التى ذكر منها الأساس السابق عاد فتراجع قائلا : « يضاف إلى جانب ذلك الأساس القانونى — القائم على قرينة الخطأ — أساس آخر وهو أنه بمقتضى

---

(١) ساروك : ص ٥٤

(٢) ستيفانى . ص ٩٩

ما هو جار فى العمل لا يمكن لأرباب الأعمال أن يراقبوا أعمالهم ومستخدميهم مراقبة حازمة فى كل لحظة . كما أنهم لا يمكنهم أن يستخدموا على الدوام أناساً أكفاء بصورة مطلقة ، ولكن بما أنهم يستفيدون من نشاط هؤلاء الذين يستخدمونهم ، فإنه يجب عليهم تبعاً لذلك أن يتحملوا « تبعة » ما ينتج عن أفعالهم (١) .

ويسهل على المتتبع أن يلاحظ كيف أنه يبدو من الأمور المتناقضة أن يجمع بين هذين الأساسين المتعارضين لبيان سبب قيام المسئولية العقدية عن فعل الغير . وهذا ما يبرهن على تهافت هذه النظرية وعدم صلاحيتها . ولذا يجب القول بطرحها ، ومحاولة البحث عن أساس سليم يقوم عليه مبدأ هذه المسئولية (٢) .

المبحث الثانى

نظرية الالتزام بنتيجة

إن هذه النظرية التى أيدها جملة من أعلام الفقهاء تظهر للوهلة الأولى كأنها ترضى الحقيقة العمية من حيث صلاحيتها كأساس للمسئولية العقدية عن فعل الغير ، إذ تذهب هذه النظرية إلى القول بأن المدين لا يتعهد للدائن بأن يبذل جهده للوصول إلى تحقيق النتيجة المقصودة من التزامه ، بل إنه يتعهد بالوصول إلى النتيجة نفسها .

فالمتعاقد الذى يتعاقد على تسليم شىء معين يجب عليه أن يسلمه فى المدة المتفق عليها . ومن يتعهد بنقل شىء من محل إلى آخر ، عليه أن ينقل هذا الشىء من المحل المتفق عليه إلى الجهة التى طلب منه أن ينقل إليها ذلك الشىء سليما من كل تلف وعيب . وإذا لم يستطع المدين أن يقوم بتحقيق هذه النتيجة فيعتبر مسئولا رغماً عن أنه قد بذل ما فى وسعه للوصول إلى تحقيقها . إن قصور

---

(١) بلانيول وبيير واسمان : المرجع السابق نفس الصفحة .

(٢) راجع فى نقد هذه النظرية أيضاً : جان ميكريه Jean Megret رسالة باريس ص ١٨١

الوسائل التى تحت يد المدين للحصول على النتيجة المقصودة ليس مما يهم الدائن الذى اتفق على تحصيل ماأراد . إن الوسائل مما لا تعنى الدائن فى شىء ، إنما المهم فى نظره هو الحصول على ما التزم به المدين ، فإذا عهد المدين إلى مستخدميه وإلى من هم تحت سلطته بتنفيذ الالتزام وتحقيق الغرض منه ، فإن هذا الأمر أمر أجنبى عن الدائن . وإذا ما امتنع على المدين أن ينفذ الالتزام بفعل هؤلاء الأشخاص فإن الدائن يستطيع أن يقاضى المدين طالباً منه التعويض .

وفى هذا يقول « سافاتيه » فى الحق أنه إذا سئل المدين عن خطأ تابعه فى تنفيذ الالتزام ، فلأن المدين قد تعهد بالتنفيذ أما بنفسه شخصياً أو بواسطة هؤلاء الذين يساعدونه أو يقومون مقامه فى التنفيذ ، وخطأ هؤلاء فى التنفيذ هو إذن خطأ المدين نفسه ويعتبر هذا إخلالا باللاالتزام ويسأل عنه هذا الأخير وذلك لعدم تحقق نتيجة ما أراده الدائن منه بعدم التنفيذ[١] .

ويقول « Me:ret » فيما يخص مسئولية المالك عن أفعال البوابين « أن مسئولية المتعاقد عن فعل غيره ليست فى الحقيقة سوى مسئولية المتعاقد عن فعله الشخصى وذلك ينتج من نفس تعريف الخطأ التعاقدى . فالمالك يقع فى الخطأ بمجرد عدم تنفيذ الالتزام . أن البواب لم يلتزم إطلاقا قبل المستأجرين فهو لا يسأل فى مواجهتهم ، وإنما المسئول هو المالك نفسه الذى تعاقد بالتزام لم يستطع تنفيذه ، فالفعل المكون للمسئولية هو الإخلال بالالتزام التعاقدى ، هذا الإخلال الذى لا يمكن أن ينسب إلا إلى المالك نفسه . فالأساس الحقيقى للمسئولية العقدية إذن هو الخطأ العقدى ، والذى ينتج من عدم تنفيذ الالتزام حتى ولو كان المدين الملتزم قد أقام غيره مقام نفسه لتنفيذ التزامه وعجز هذا الأخير عن تنفيذه[٢] .

ويذهب الأساتذة بلانيول وريبير وجابولد إلى أن رجوع المدين إلى أشخاص غيره لتنفيذ الالتزام الذى تعهد به ، إذا كان طبقاً لطبيعة العقد أو طبقاً لنية المتعاقدين مما يلزم هو نفسه بأداءه فإن ذلك يكون خطأ شخصياً

---

(١) سافاتيه : دروس فى الالتزامات سنة ١٩٣٩ جزء ٢ ص ١٧٢

(٢) « Magret » المرجع السابق ص ١٨١ وما بعدها .

يسأل عنه ، ولكن الأمر لا يقتصر على ذلك ، فإنه فى خارج هذه الأحوال قد يحدث أن يعهد المدين إلى غيره بمساعدته فى تنفيذ الالتزام أو على أن يقوم مقامه فى هذا التنفيذ . هنا يسأل عن أوجه نشاط من يقومون مقامه أو من يساعدونه كما لو كان هو نفسه الذى قام بالتنفيذ وهو يسأل عن هؤلاء كما يسأل عن الأشياء المادية والآلات الميكانيكية التى يستعملها . فهو فى الحقيقة قد وعد الدائن بتحقيق نتيجة معينة بدون أن يعنى بالوسائل التى سيلجأ إليها . وهو بهذا الوضع قد تعهد بأن يلجأ إلى الوسائل المناسبة وأن يسأل عن عدم كفاءة هذه الوسائل . وإن عجز الأشخاص الذين عهد إليهم بالتنفيذ لا يبرر عدم استطاعته الوصول إلى النتيجة المطلوبة[1] .

ولكن يمكن أن ترد على هذه النظرية اعتراضات كثيرة فأول الاعتراضات على هذه النظرية أنها تغفل ما يدعى بالالتزامات بوسيلة وتخرجها من نطاق تطبيق مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير . إذ أنه حتى فى أحوال الالتزامات بوسيلة يمكن أن تثور مشكلة هذه المسئولية . ففيما يتعلق بالتزام الطبيب بمعالجة مريض من المسلم به قطعاً لدى الشراح أن هذا الالتزام عبارة عن التزام بوسيلة . فإذا ما رجع الطبيب إلى زميل له ليقوم مقامه فى العلاج أو ليساعده فيه وأدى خطأ الطبيب الثانى إلى الإضرار بالمريض ألا يمكن أن تقوم هنا مسئولية الطبيب الأصيل ؟ وما حكم الحالة التى يرجع فيها الإخلال بالالتزام بواجب العناية نحو المريض إلى فعل مساعد الطبيب من ممرض وغيره . ألا تثور هنا مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير ؟

فمن الحق إذن أن هذه المشكلة لتثور فى جميع الحالات سواء كان الالتزام موضوع المسئولية التزاماً بوسيلة أو التزاماً بنتيجة . وإذا قيل رداً على هذا بأن المدين إنما يلتزم دائماً بأن يحقق النتيجة المطلوبة فى كل التزام ، فإن هذا لا يستقيم من نصوص القانون[2] .

---

(١) بلانيول وربير وجابولد ج ٢ ص ١٥٢ نبذة ٨٤٥

(٢) راجع المواد التى تشير إلى التفرقة بين أنواع الالتزام . المادة ٢١١ من القانون المصرى الجديد مثلا والمادة ١٢٤٥ من القانون الفرنسى .

ويرد « بيكيه » على هذه النظرية من حيث مضمونها كذلك فيقول إن المدين لا يتعهد بالوصول إلى نتيجة فى كل التزام عقدى وإنما يتعهد ببذل العناية اللازمة والتبصر الكافى فقط للوصول إلى الغاية المرجوة من التعهد قبل أن يصل الأمر إلى نطاق القوة القاهرة فيعفى من التزامه[1] .

وبالإضافة إلى هذا فقد سبق أن أشرنا عند بياننا وجه التفرقة بين المسئولية العقدية عن فعل الغير وبين المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى ، إلى أن الأولى تتميز بأن المدين يسأل عن فعل الغير دون أن يسند إليه أيما فعل يمكن أن ينسب إليه به ارتكاب الخطأ التعاقدى ، فى حين أن المسئولية عن الفعل الشخصى تقوم كما هو ظاهر من سياق هذا الاصطلاح ، على أساس نفس فعل المدين الخطأ . فإذا ما جاءت إحدى النظريات لتحدد القانونى للمسئولية العقدية عن فعل الغير على أساس خطأ المدين نفسه ، فهذا مايؤدى إلى إدماج هذين الوضعين المتميزين من أوضاع المسئولية .

ولهذا فإن نظرية الالتزام بنتيجة تجعل من إثارة مسألة المسئولية العقدية عن فعل الغير جعجعة فارغة . إذ ما هى الأهمية المتبقاة لبحث مشكلة هذه المسئولية طالما أنها والمسئولية العقدية عن الفعل الشخصى سواء . وماذا يبقى يبقى من مميز يفصل بين هاتين المسئوليتين ؟ وما هو إذن وجه الضرورة فى بحث مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير مادام الفارق الوحيد الذى يميز بينها وبين المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى وهو تجرد المدين نفسه من الخطأ ومسئوليته على الرغم من ذلك عن خطأ الغير ، قد انهدم على حسب ماتؤدى إليه هذه النظرية ؟

وهذا ما أدى بالفعل ببعض الكتاب إلى القول بنفى هذه المسئولية العقدية عن فعل الغير والذهاب إلى أنها عبارة عن مسئولية عقدية عن الفعل الشخصى حتى ولو كان عدم تنفيذ الالتزام منسوباً إلى تابع المدين وليس إلى المدين نفسه[2] .

---

(١) راجع « بيكيه » ص ٢٧٨ المرجع المشار إليه ، وقارن بازولا ص ٣٤ ، ومارتون المجلة الفصلية للقانون المدنى الفرنسى سنة ١٩٣٦ ص ٤٩٩ وما بعدها وتانك Tunc المجلة الفصلية ١٩٤٥ ص ٢٣٥ وما بعدها . وبهجت بدوى أصول الالتزامات ص ٤٢١

(٢) فان رين — المرجع السالف الذكر ص ٣٢ و "Megret" المرجع السابق ص ١٨١

غير أنه يجب القول ببطلان هذا الرأى وبأنه لا يقوم على أساس سليم من الحجج لأن هناك فارقا بين هذين الوضعين ، وقد سبق أن أوضحنا هذا الفارق فى غير هذا المكان[١] .

المبحث الثالث

نظرية بيكيه فى القوة القاهرة

إن من أوائل من قال بهذه النظرية « نظرية القوة القاهرة » لتحديد الأساس القانونى للمسئولية العقدية عن فعل الغير هو الأستاذ « بيكيه » . فى مقاله الممتاز عن هذه المسئولية فى مجلة القانون المدنى الفرنسية « الفصلية » عام ١٩١٤ وقد تابعه على تأييدها كثير من الفقهاء[٢] .

وبدأ « بكيه » نظريته بالاستناد إلى المادة ١١٤٧ من القانون المدنى الفرنسى التى بمقتضاها يسأل كل مدين عن عدم تنفيذ الالتزام ، وإذا ما أراد أن يتخلص من المسئولية فإن عليه أن يثبت أن عدم التنفيذ قد حصل بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائى . . . أى أن السبب الذى منع التنفيذ لم يكن له فيه يد . ويقول « بيكيه » : إن الإخلال بالالتزام وحصول عدم التنفيذ بفعل تابعى المدين لا يمكن أن يكون قوة قاهرة أو حادث فجائى يستطيع المدين أن يستند إليه ليتخلص من المسئولية .

ولأجل أن يوضح « بيكيه » فكرته ، فقد قام بعقد مقارنة بين النظامين السويسرى والألمانى من جهة وبين القانون الفرنسى من جهة أخرى ، فيما يخص وضع القوة القاهرة فيهما فيقول : إنه من الضرورى لفهم المبدأ الذى أقيم فى المادة (٢٧٨) من القانون الألمانى ، والمادة (١٠١) من قانون الالتزامات السويسرى ، ولبناء نظرية فقهية صحيحة أن نبحث نظرية القوة القاهرة والحادث الفجائى فى ذينك القانونين .

---

(١) راجع أعلاه ص ٣٣ وما بعدها من الرسالة

(٢) من الأوائل أيضا الأستاذ اكسنر "Exnar" الأستاذ بجامعة فينا فى كتابه المطول فى مبدأ القوة القاهرة مذكور فى سأروك المرجع السالف الذكر ص ٧٢ الذى هو بدوره من مؤيدى النظرية وستيفانى ص ١٠١ والدكتور سليمان مرقص المرجع السالف ص ٤١١ وغيرهم كثيرون.

يقول بكيه : كانت الفكرة الرومانية التى أخذ بها عندنا فى فرنسا بعض شراح القانون المدنى ، فيما يتعلق بالحادث الفجائى ، هى أن هذا الحادث عبارة عن أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقع حصوله ، والذى لا يمكن دفعه بكل ما يسع الطاقة الإنسانية أن تفعل "quad nullo humano concilio prévideri postest et cui resisti postest. الخاصيتان اللتان تميزان الحادث الفجائى هما إذن : عدم القدرة على توقع الحادث l' impossiblité de prevoir وعدم على دفعه عند وقوعه l' impossibilité de l' eviter.

فى هذا المفهوم الموضوعى والمادى «la conception objective et matérielle» يجب مواجهة الحادث نفسه بدون إقامة أية علاقة بين الحادث وشخص المدين الذى لا يستطيع أن يتخلص من المسئولية العقدية الملقاة على عاتقه إلا إذا كان الفعل المكون للحادث الذى أدى إلى استحالة التنفيذ حاملا للصفتين وللصفتين معاً .

غير أن الفكرة التى انتصرت فى القانونين الألمانى والسويسرى كانت مغايرة للفكرة الرومانية التى أخذ بها قانوننا فاستبدل كلا القانونين المفهوم الشخصى الذاتى «la conception subjective» بالمفهوم الموضوعى المادى .

ولذلك لا توجد فى هذين القانونين ، فى الحقيقة ، مشكلة الحادث الفجائى بل تقوم فيهما مسألة عدم القدرة على التنفيذ ، أى استحالة التنفيذ بغير وجه خطأ من المدين .

فالمدين يستطيع أن يتخلص من المسئولية — فى هذين القانونين — إذا ما حصل الحادث الذى يجعل تنفيذ الالتزام ، بحسب شروط العقد ، غير ممكن ، بشرط أن يكون هذا الحادث قد حصل بدون خطئه (م ٢٧٥ من القانون الألمانى و م ٩٧ من قانون الالتزامات السويسرى) .

ولا يهم بعد ذلك سواء كان الفعل المكون للحادث الفجائى منسوباً إلى المدين نفسه أو لا . المهم هو أنه إذا وقع الحادث بدون خطأ منه فلا يسأل إذا ما أدى هذا الحادث إلى استحالة التنفيذ .

وينتج عن ذلك أنه فى جميع الأحوال التى لا يرتكب فيها المدين نفسه خطأ شخصياً ، ويكون عدم التنفيذ واستحالته راجعاً إلى فعل شخص آخر سواه ، يجب أن نقول ببراءة الأول أى المدين على اعتبار أن فعل الغير يحمل صفات الحادث الفجائى الذى لا يد له فيه طبقاً لنص المادتين ٢٧٥ ، ٩٧ .

وعلى هذا يظهر أن المادتين ٢٧٨ و ١٠١ من القانونين الألمانى والسويسرى هما استثناءان من هذه القاعدة العامة المذكورة أعلاه المشار إليهما فى المادتين ٢٧٥ و٩٧ ، إذ على العكس من هاتين المادتين الأخيرتين ، تنص المادتان ٢٧٨ و ١٠١ على مسئولية المدين عن أفعال غيره . وتبقى المسألة فى تعليل سبب هذا الاستثناء وأساسه ، والدافع الذى دفع المشرع كل من ألمانيا وسويسرا إلى النص عليه .

وبعد أن انتقد « بيكيه » التعليلات المختلفة التى علل بها هذا الاستثناء الوارد فى المادتين ٢٧٨ و ١٠١ من القانونين الألمانى والسويسرى والأسس الثلاثة التى تعرضت لذكرها الأسباب الموجبة للقانون الألمانى ، وهى نظرية الضمان الضمنى ونظرية تحمل التبعه ونظرية الالتزام بنتيجة . قال : إن القانون وليس الإرادة هو مصدر المسئولية العقدية عن فعل الغير التى أشار إليها نص المادتين ٢٧٨ و ١٠١ ، وهو الذى يفرضها على المدين لأسباب واعتبارات المصلحة العامة وطبقاً لمقتضيات العدالة .

ولكى يصل « بيكيه » إلى غرضه من بيان الأساس القانونى لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير فى القانون الفرنسى استطرد يقول : لقد رأينا أن محاولات عديدة قد فشلت فى ألمانيا لتوضيح الأساس القانونى لمسئولية المدين عن أفعال تابعيه . وقد لاحظنا أن الفقه الألمانى قد اقتصر فى الأخص على الاعتبارات الاقتصادية لتوضيح أساس المسئولية العقدية عن فعل الغير ، ولتبرير الاستثناء الخطير الذى جاءت به المادة ٢٧٨ والوارد على نص المادة ٢٧٥ .

غير أن كل هذه الصعوبات لتتلاشى فى القانون الفرنسى . لأنه على خلاف كل من القانونين الألمانى والسويسرى ، لم تدعو الحاجة فى هذا القانون إلى البحث فى قيام قاعدة عامة وورود الاستثناء عليها . وإننا إذا بحثنا مبدأ القوة القاهرة والحادث الفجائى كما هو وارد فى المادة « ١١٤٧ » لوجدنا أن تطبيق

مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير فى القانون الفرنسى يأتى كنتيجة طبيعية ومباشرة لهذا المبدأ .

إن مبدأ القوة القاهرة والحادث الفجائى الذى جاء فى قانوننا بحسب المفهوم الموضوعى المادى الذى عرضناه فيما سبق ليختلف عن مبدأ استحالة التنفيذ بغير خطأ من المدين الذى ذهب إليه كلا من القانونين الألمانى والسويسرى .

فى هذين القانونين ليس عماد القوة القاهرة أو الحادث الجبرى غير ركن واحد هو انتفاء خطأ المدين فى إحداث الفعل الذى سبب عدم تنفيذ الالتزام . على أن هذا المفهوم الذاتى والشخصى لا يكفى لإحداث صفة الحادث الفجائى وإسباغها على الفعل المكون لاستحالة التنفيذ بحسب ما يعنيه هذا الاصطلاح فى قانوننا المدنى . ليس الحادث الفجائى فى القانون الفرنسى هو الحادث الذى يتحقق فى كل الأحوال التى ينتفى فيها خطأ المدين . ولكنه الحادث الذى يحدث دون خطئه على أن يكون خارجاً عنه ، أى غير منسوب إلى فعله . ولهذا يلزم فى القانون الفرنسى عنصران لتكوين الحادث الفجائى ، العنصر الأول هو إنتفاء الخطأ l' abence de fante والعنصر الثانى هو عدم نسبة الحادث إلى فعل المدين نفسه ، وهو ما يسمى بالـ "l'extériorité" أى انقطاع النسبة بين الحادث وبين المدين .

ولزوم العنصر الثانى ، وهو ركن أساسى فى تكوين الحادث الفجائى والقوة القاهرة ، ينتج عندنا من النصوص القانونية التى تجعل المدين مسئولا ليس فقط عن خطئه الشخصى ، بل حتى عن فعله غير الخطأ (المواد ١٢٤٥ ، ١٠٤٢ ، و ١٩٣٣ من القانون الفرنسى) . وتنتج ضرورة اشتراط هذا العنصر أو هذا الركن أيضاً من نفس نص المادة ١١٤٧ بصورة أكثر دقة ووضوحاوصراحة . فإنه بمقتضى هذه المادة لا يستطيع المدين أن يتخلص من عبء المسئولية ، فى كل الأحوال التى لا يستطيع فيها أن يثبت أن عدم التنفيذ قد جاء نتيجة لسبب أجنبى لا يد له فيه . سبب أجنبى لا يد له فيه ، هنا يظهر بوضوح ضرورة اشتراط ألا يكون الفعل منسوباً إلى فعل المدين لكى يتحقق فيه شرط السبب الأجنبى وهذا هو عنصر الـ "extériorité" .

ويستطرد بيكيه قائلا :

إن استخدام التابع عبارة عن عمل من صميم أعمال المدين . فيجب عليه إذن أن يتحمل جميع النتائج المحتملة التى تترتب على فعله هذا . فهو قد عهد إلى الغير بتنفيذ التعهد الذى التزم به وألقى على عاتقه هو . وإذا ما حصل أن بقى الالتزام بفعل أحد الذين عهد إليهم أمر التنفيذ غير منفذ فلا يوجد هنا إذن أى حادث فجائى بالنسبة له على المعنى الفنى الدقيق لهذا الاصطلاح فى قانوننا المدنى . لأن عدم التنفيذ لم يرجع إلى سبب أجنبى وإنما حصل بفعل المدين نفسه . بدون استدعاء الغير لكى ينفذ بدلا عنه لم يكن ليحصل عدم التنفيذ واستحالته . فهذا الرجوع إلى الغير هو الذى سبب عدم التنفيذ وهذا فعل شخصى قام به المدين فلا يمكن اعتباره مقطوع الصلة به ، ولا يمكن اعتباره وكأنه لم يكن للمدين فيه يد ، بل على العكس يكون هذا الفعل منسوباً إلى المدين فلا يكوِّن على هذا الحادث الفجائى ، بتخلف العنصر الثانى من عناصر الحادث الفجائى فيه وهو نسبته إلى المدين . فإن فعل التابع وهو يعمل للمدين عبارة عن سطوع ونمو واستطالة لفعل المدين نفسه[1] .

نقد هذه النظرية :

لقد قلنا إن كثيراً من الشراح قد أيدوا هذه النظرية وتابعوا بيكيه فى الأخذ بها ، ولكن هذه النظرية لا تستقيم على النقد وذلك من الجهات الآتية :

١ — يقول رينو . إنه يمكن أن يفهم « فعل المدين » على وجهين : وجه مضيق ووجه واسع ، فعلى الوجه الأول « يعنى فعل المدين » أى عمل يصدر عنه شخصياً . وعلى الوجه الثانى يعنى ليس فقط الأعمال التى تصدر عنه فحسب ، بل تشمل أيضاً أفعال تابعيه الذين يعهد إليهم بتنفيذ الالتزام .

وفى التفسير الأول يكون فعل التابع سبباً أجنبياً وفى التفسير الثانى يكون فعل التابع منسوباً إلى المدين .

---

(١) بيكيه المرجع السالف الذكر ص ٢٧٥ وما بعدها .

على أن مشكلة النسبة هذه تؤدى إلى البحث فى هل أنه من المناسب أم لا أن يوحد وأن يدمج بين فعل التابع وفعل المدين .

إن جميع الحجج التى أوردها « بيكيه » تأكيداً لهذا الغرض — كما يقول رينو — بعيدة عن أن تكون قاطعة .

إن القول بأن استخدام التابع هو فعل شخصى للمدين وهو فعل صادر عنه أساساً ، ما قيمته . ما اعتباره ؟

نحن فى الحقيقة أمام فعلين : فعل شخصى للمدين الذى يتكون من ركونه إلى التابع واستخدامه فى التنفيذ ، وفعل التابع الذى أدى مباشرة إلى عدم التنفيذ . وأنه إذا كان من الحق أنه لولا رجوع المدين إلى مساعدة التابع لما حصل الإخلال بالالتزام بسبب عدم تنفيذه أو على الأقل لم يكن ليحدث بنفس الصورة التى حصل بها من جراء تدخل التابع ، على أنه ليس بأقل من ذلك صحة ، أن كلاً من الفعلين مستقل كل منهما عن الآخر . كل منهما فعل مستقل من حيث (طبيعته) ومن حيث (الوقت) الذى صدر فيه ومن حيث (الأشخاص) الذين قاموا بأدائه .

ويقول « بيكيه » مستعيراً تعبير فرارا "Ferrara" إن التابع يعمل للمدين وفعل التابع عبارة عن « نمو واستطالة وسطوع لفعل المدين نفسه » .

على أننا نلاحظ أولا أنه إذا كان التابع يعتبر فى بعض المعانى ، غير أجنبى عن المدين ، فإن ذلك لا ينفى أن فعله لا يحمل تجاه المدين الصفة الخارجية المكونة للحادث الفجائى . يقول المدين للتابع نفذ . والذى يحدث أن يقول له أنجز هذا العمل أو ذاك ، فيقوم التابع بالعمل وقد يكون مخالفاً بذلك لتعليمات المدين . فيتبين هنا أن عمل التابع هو فى تعارض صريح مع عمل المدين نفسه وإرادته .

ويستطرد رينو فيقول : على أننا نلاحظ أولا أنه إذا كان التابع ليس أجنبياً فى علاقته بالمدين فماذا يمكن أن يفهم من هذا القول ؟

إذا كان يراد بذلك الإشارة إلى مبدأ النيابة فإن أمراً كهذا لا يصح إلا فى دائرة الأعمال القانونية حيث يلعب المبدأ دوره فحسب ، ولا يمكن أن يكون لمبدأ

النيابة مجال فى دائرة الأعمال المادية . فالتابع ليس وكيلا عن المدين ولا يحل محله قانوناً فى عمل قانونى ، وإنما يحل محله فى عمل مادى فحسب . أن التابع ليس إلا مجرد مساعد ومعاون يشتغل لحساب الغير فهو لا يوسع نشاط المدين القانونى ولكنه يوسع نشاطه الاقتصادى .

ثم من الذى يضمن القول أيضاً بأن التابع ليس أجنبياً عن المدين ؟ هل هو عبارة عن قطعة من نفس المدين ؟ من البديهى أن ليس لهذا القول أية قيمة عقلية ولا قانونية .

فالانفصال المتطلب كركن لتكوين الحادث الفجائى أو القوة القاهرة والذى ينبنى عليه إعفاء المدين من المسئولية يفترض حسب « بيكيه » فعلا طبيعياً أو إنسانياً موجود . وقد يسبب فى أية صورة من الصور قطع العلاقة بين المدين وبين الحادث الواقع . وعليه فالتابع فى موضوعنا إذن باعتباره إنساناً يعتبر فعله فعلا طبيعياً كأى فعل طبيعى آخر يمكن أن يكوّن الحادث الفجائى . وإذا تساءلنا : هل إن فعل التابع يؤدى إلى قطع النسبة بين المدين وعدم التنفيذ ، لكان جوابنا بالإيجاب . لأن هذا الفعل يصدر عن نشاط مستقل عن نشاط المدين ، وآية ذلك جواز قيام مسئولية التابع شخصياً والرجوع عليه من قبل المدين نفسه .

وإذا اعترض بيكيه على هذا بأن شروط المشروعات الاقتصادية وأسسها تنفى هذا القول ، لرددنا عليه الاعتراض بقولنا : إن التابع ليس آلة بيد المدين يديرها كيف يشاء ، فإن للتابع عقله وتفكيره الخاص وإرادته المستقلة عن إرادة المدين[١] .

٢ – ويعترض « ديموج » على نظرية « بيكيه » بقوله : إنه إذا اعتبرنا ما ذهب إليه « بيكيه » صحيحاً وقلنا بالعنصر الخارجى للقوة القاهرة ، فإن مسئولية

---

(١) رينو — رسالة باريس الآنفة الذكر ص ٥٠ وما بعدها . وبديهى أنه ليس من أغراض رينو أن ينفى قيام مسئولية المدين عن أفعال تابعيه . فهو يقول بقيامها ويعترف أنه على الرغم من أن شخصية التابع لا يمكن اعتبارها امتدادا لشخصية المدين ولا اعتبار فعل التابع كاستطالة لفعله ، فإن المدين مسئول عن أفعال تابعيه . ولكن « رينو » يؤسس هذه المسئولية على أساس آخر سنتعرض لتفصيله بعد حين قريب .

المدين عن أفعال تابعيه تستقيم من نفسها ، فترجع فى هذه الحالة إلى نفس النظرية التى أرجعت الأساس القانونى إلى مسئولية المدين عن تحقيق نتيجة[١] .

وفى الحق أن بيكيه عندما رجع إلى المادة (١١٤٧) من القانون المدنى الفرنسى لدعم نظريته فى الأساس القانونى للمسئولية العقدية عن فعل الغير ، قد افترض أن المدين يجب عليه أن يقدم نتيجة معينة محددة للدائن . وقد حصل أن وقع « بيكيه » فى المصادرة على المطلوب "pétition de principe" التى عابها هو نفسه على أصحاب نظرية الالتزام بنتيجة[٢] . فتفسير بيكيه إذن ، حتى إذا ما اعترفنا بصحته وسلامته ليس له سوى قيمة ثانوية ، وذلك فى الأحوال التى يلتزم بها المدين التزاما بنتيجة ، ولا يصلح فى الأحوال التى يتعهد فيها المدين بالتزام الحيطة والحذر والعمل بالعناية اللازمة للحصول على النتيجة المطلوبة . ثم أن « بيكيه » يخلط بين ركن الخطأ وركن السببية ، ذلك الركنين المنفصلين من أركان المسئولية العقدية .

٣ — وأكثر من ذلك كله أن نظرية « بيكيه » — كما نرى — لا يمكن أن تقدم أساسا حقيقيا لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير . فهى تضعنا فى حلقة مفرغة . فنحن نتساءل لماذا يسأل المدين عن فعل تابعيه ومساعديه ، فنلقى الجواب عند « بيكيه » : ذلك لأن فعل هؤلاء لا يكون بالنسبة للمدين قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . حسناً ! ولماذا لا يكون فعل هؤلاء قوة قاهرة أو حادثاً جبرياً . يجيب « بيكيه » لأن هؤلاء هم تابعيه ! وهكذا .

وفى الواقع أنه يجب التفرقة ، فى رأينا ، بين الغرض القانونى وبين القواعد القانونية نفسها ، بين الغرض القانونى ، وبين الحالات التى شرع القانون فيها القواعد القانونية . فإذا قيل إن القانون يعتبر فعل الغير عبارة عن فعل منسوب إلى المدين ، ولا يكوّن بالنسبة إليه حادثاً فجائياً جبرياً قد يمنعه من تنفيذ التزامه ، فإنه يجب التساؤل ولأى غرض قانونى جاء حكم القانون على هذا الوجه ؟

---

(١) ديموج المرجع المشار إليه فيما سبق جزء ٦ ص ٦٢٨

(٢) بيكيه ص ٢٧٨

وعلى أى شىء بنى وأسس القانون هذه القواعد القانونية . وهذا هو وجه السؤال فى المناقشة التى تثيرها مشكلة الأساس القانونى للمسئولية العقدية عن فعل الغير . وهذا مالم يجب عليه « بيكيه » وأنصاره الذين ذهبوا مذهبه فى نظرية القوة القاهرة . « بيكيه » نفسه الذى عرض لمشكلة الأساس القانونى بكل دقة فى القانون الألمانى والسويسرى وخرج بالأساس الذى هو عين الصواب .

٤ — ومن جهة أخرى فإن نظرية « بيكيه » نفسها تنتهى إلى إنكار مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير . وقد يبدو ذلك غريباً أول الأمر ، على أنه يتضح عندما نقول إنه بمقتضى هذه النظرية تنتهى المسئولية العقدية عن فعل الغير إلى صورة من صور المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى وهذا غير صحيح كما قال بذلك جمهور الفقهاء الذين عالجوا مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير و « بيكيه » هو نفسه على رأسهم(١) .

٥ — ومن جهة أخرى فإن نظرية بيكيه تبدو قاصرة . وذلك لأن المشرع عند كلامه عن السبب الأجنبى لم يتوقع مطلقاً ، ولم يستطع أبداً أن يتوقع ذلك التفسير الذى فسر به بيكيه نص المادة (١١٤٧) . وفى الواقع أن المشرع الفرنسى قد أهمل النص على مبدأ عام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير ، ولم يتكلم عن أثر فعل التابع على مسئولية المدين .

٦ — ويبدو لنا أخيراً أن فى هذه النظرية عيباً آخر وهى تشترك فى هذا مع كثير من النظريات الأخرى التى حاولت تبيان الأساس القانونى للمسئولية العقدية عن فعل الغير . ذلك أن الأساس الذى تقدمه هذه النظرية غير جامع كما يقول المناطقة إذ أنه لا يفسر على فرض صحته الأحوال التى يمارس فيها « الغير » حقاً اكتسبه المدين بالعقد الذى عقده مع الدائن موضوع المخالفة وموضوع المسئولية ، كحالة المستأجر مثلا فى مسئوليته قبل المؤجر عن أفعال أهل بيته وكل شخص وجد بإرادته فى المحل المأجور ، فإنه من الواضح أن الأساس الذى قدمه بيكيه يقصر عن تعليل هذه المسئولية فى هذه الحالة .

---

(١) قارن بهجت بدوى رسالة باريس ص ٦١ وبيكيه ص ٢٥٦ وما بعدها .

إذ لا يمكن القول بأن المستأجر قد عهد إلى أحد من هؤلاء أمر تنفيذ الالتزام الذى ألقى على عاتقه بوجوب حفظ المأجور . وفى كثير من الأحوال تشمل المسئولية هنا أشخاصاً لا يمكن اعتبارهم كتابعين مثل أصدقاءه وضيوفه .

المبحث الرابع

نظرية النيــــابة

بحسب مبدأ النيابة بدأ الأستاذان « هنرى وليون مازو » ببيان الأساس القانونى الذى بنيت عليه المسئولية العقدية عن فعل الغير[1] وبعد أن انتقدا « بيكيه » فى نظريته التى عرضناها فى البحث الفائت قالا : إن كل المسألة تنحصر فى معرفة هل أن أفعال الذين يعد إليهم المدين بتنفيذ الالتزام يمكن اعتبارها أسباباً أجنبية تعفى هذا الأخير من عبء المسئولية .

ويقول الأستاذان : إن « بيكيه » يجيب على هذا بالنفى ويشرح بهذه الكيفية مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير ، غير أنه لأجل أن يكون الجواب بالنفى كما أراد « بيكيه » يجب بالضرورة اعتبار الفعل الذى صدر عن « الغير » الذى عهد إليه بأمر تنفيذ الالتزام كأنه صادر عن المدين نفسه . وهذا الاندماج لا يمكن أن يستقيم أو يحصل إلا بحسب مبدأ النيابة ، فإذا لم يقم هذا الاتحاد — عن طريق النيابة — فإن فعل الغير يبقى فعلا أجنبياً عن المدين . فمذهب « بيكيه » إذن يفترض الأساس الذى نقول به نحن . ويستطردان فى القول :

« بأن الأساس الحقيقى للمسئولية العقدية عن فعل الغير يقوم على الاتحاد بين شخصيتى المدين والغير الذى ينفذ لأجله . وأن عدم تنفيذ النائب للالتزام يعتبر خطأً تعاقدياً ، كما أن خطأ التابع التقصيرى يعتبر خطأً تقصيراً للسيد .

---

(١) عمل على تأييد الأستاذين مازو فى هذه النظرية عدد من الفقهاء منهم Edmod Bertrand رسالة أكس ، ١٩٣٥ ص ١٤ وما بعدها . ودى فور رسالة باريس ١٩٣٧ ص ١٥٢ وبول دوران رسالة باريس ١٩٣١ نبذة ١٢٨ وشيرونى مشار إليه فى سأروك ص ٥٩ . وكابيتان : المجلة الفصلية ١٩٣٣ ص ٧٢٥ وما بعدها . "Hugueney" تعليق فى سيرى ١٩١٥ — ١ — ١٣

وهكذا تبدو المسئولية العقدية عن فعل الغير قائمة على نفس الأساس الذى تقوم عليه المسئولية التقصيرية عن فعل التابع حسب نص المادة ١٣٨٤ .

إن مبدأ المسئولية التقصيرية الوارد فى المادة المشار إليها إن هو إلا تطبيق للمبدأ العام الذى جاء فى نظرية النيابة : عندما يمثل شخص شخصاً آخر فإنه إنما يحل محله قانوناً .

نعم أنه ليوجد فى قانوننا مبدأ عام يصدر من مبدأ النيابة والذى بمقتضاه يعتبر عمل النائب هو من عمل الأصيل بالنظر إلى علاقتهما بالغير . والمشرع قد طبق هذا المبدأ العام فى أحوال استثنائية حسب نص المادة ١٣٨٤ فيما يتعلق بالمسئولية التقصيرية .

وفى المسئولية العقدية طبق المشرع هذا المبدأ « مبدأ النيابة » أيضاً فى النصوص المتفرقة التى أوردها لعلاج مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير .

ومن الطبيعى أن المشرع ما كان يقصد قصر تطبيق هذه النصوص على الحالات الخاصة التى ذكرها كما هى الحالة بالنسبة للمادة ١٣٨٤ ، بل إن المشرع قد قصد على التحقيق إلى تقرير المبدأ العام . فى جميع الأحوال التى يقوم فيها الغير بتنفيذ الالتزام نيابة عن المدين يكون هذا الأخير مسئولا مسئولية عقدية عن عدم تنفيذ الالتزام .

وعلى ذلك فالأساس واحد فيما يتعلق بكلا الوضعين من أوضاع المسئولية : المسئولية العقدية عن فعل الغير ، والمسئولية التقصيرية عن فعل الغير . فكلاهما يقوم على مبدأ النيابة[١] .

ويضيف الأستاذان « مازو » «Rouost» يذهب إلى « أن الأساس الذى يقوم على مبدأ النيابة لا يستقيم . لأن النيابة لا تطبق فى خارج نطاق الأعمال القانونية ، وإذا أمكن القول تماماً بأن الموكل يسأل عن أعمال وكيله بمقتضى أحكام النيابة ، فإن الأمر ليس كذلك فيما يخص مسئولية شخص عن أفعال آخرين كان قد كلفهم بإنجاز عمل من الأعمال المادية » . غير أن الأستاذين

---

(١) لا ينكر الأستاذان مازو على الرغم من هذا القول أوجه الخلاف القائم بين هذين الوضعين — المطول المرجع السالف الذكر ص ٩٨٠ طبعة ١٩٤٩ — الأخيرة .

مازو يعترضان على هذا « بأن هذا القول ليؤدى فى الواقع إلى تضييق جدى لمبدأ النيابة . فالنيابة تتجاوز نطاق الأعمال القانونية إلى الأعمال المادية أيضاً[١]

نقد هذه النظرية

١ — نقرر أولا وقبل كل شىء أننا على خلاف ما ذهب إليه الأستاذان مازو والأستاذ شيرونى «chironi» وادمون برتراند «Bertrand» وكابيتان ، من أن النيابة يمكن أن تتجاوز نطاق الأعمال القانونية إلى نطاق الأعمال المادية ، نرى أن وضع النيابة يقتصر فى الحقيقة على الأعمال القانونية فحسب ، كما يذهب إلى ذلك الرأى الراجح فى الفقه والقضاء .

ونستطيع تماماً خلال التفرقة بين الأعمال القانونية والأعمال المادية أن نفرق بين الوكيل وبين الشخص الذى يرتبط بعقد الخدمة . وإذا كان الاثنان قد تكلفا القيام بعمل شىء لحساب الغير ، فإن الوكيل يستطيع أن يتصرف بحرية ، ضمن حدود الوكالة ، بإنجاز ما عهد إليه إنجازه . بينما لا يستطيع الشخص المرتبط بعقد الخدمة أن يتصرف بنفسه ، فمرجع ذلك إلى السيد . وإذا كان الذى يرتبط بعقد الخدمة يمكن اعتباره تابعاً للمدين ، فإن الوكيل لا يمكن اعتباره كذلك[٢] .

وفى الحقيقة أن من الصعوبة بمكان اعتبار التابع أو المستخدم نائباً عن المدين فى تنفيذ الالتزام ، وإذا أمكن القول جدلا بأن الذى يكلف بالتنفيذ منفرداً لا يقوم بعمل مادى ، وإنما يؤدى عملا قانونياً ، فإنه من غير المقبول أن يرى فى الشخص الذى يساعد المدين فى تنفيذ الالتزام وتحت سمع وبصر ومراقبة هذا الأخير نائباً عنه فى تنفيذه . فإذا ما استدعى مقاول أو خياط أو نجار عمالا لإنجاز عمل من الأعمال التى تعاقد عليها ، وكان هؤلاء العمال يشتغلون معه ، فإنه قد يعسر القول بأن هؤلاء إنما يقومون بإنجاز العمل نيابة عنه . وأن هذا الرأى ليؤدى فى النهاية إلى توسيع لمبدأ النيابة إلى نطاق غير نطاقه الطبيعى المعروف .

---

(١) مازو ج ١ ص ٩٨٠ ط الأخيرة . كابيتان المرجع السالف الذكر ص ٧٢٦

(٢) بارتان فى أوبرى ورو ط ٥ ج ٦ فقرة ٤١٠ ص ١٥٤

ثم أنه هل يمكن اعتبار بعض العمال والمستخدمين الذين يعملون لحساب المشروعات الكبيرة نواباً لرب العمل ؟ أنهم فى الحقيقة لا يتعاملون مع الدائنين ، وفى الغالب الأعم لا نجد الدائن متصلا بهؤلاء فى أثناء التنفيذ ، فهم فى الحقيقة ليسوا إلا منقذين بسطاء أو من المعاونين للمدين فى تنفيذ التزامه الذى أخذه على نفسه بالعقد الذى عقده هو بنفسه[1] .

وفى الحق أن هناك فروقاً خطيرة فى الشروط والآثار التى تترتب على كل من وضع النيابة ووضع المسئولية عن فعل الغير .

٢ — إن الأستاذين « مازو » وغيرهما من الكتاب قد تأثروا فيما يظهر بالقوانين الحديثة التى نصت على مسئولية النائب القانونى وخصوصا بالنص الوارد فى المادة ٢٧٨ من القانون المدنى الألمانى .

إلا أن دراسة عميقة لهذه المادة ترينا وجه ومدى الخطأ الذى وقع فيه أنصار نظرية النيابة فى بيان الأساس القانونى للمسئولية المقدية عن فعل الغير .

إن مشكلة مسئولية الأصيل عن فعل النائب كانت محل خلاف شديد فى الفقه والقضاء المحدثين .

ففى فرنسا نجد أن الفقه والقضاء كانا يميزان بحق بين حالتين : حالة النيابة القانونية وحالة النيابة الاتفاقية ، وقد كان الرأى السائد وجوب إقرار بطلان العقد فى كلا الحالتين — وذلك عندما يكون هذا البطلان نتيجة لعيب فى العقد الذى قام بعقده النائب عن غش منه أو خطأ قام بارتكابه[2] .

أما عن المسئولية التى هى التعويض فقد كان الرأى الغالب أيضاً يذهب إلى أن الأصيل فى النيابة الاتفاقية يسأل عن نائبه ويضطر إلى دفع التعويض للطرف الآخر المتضرر . أما الأصيل فى النيابة القانونية الذى هو القاصر وأمثاله ، فقد قيل بإعفاءه من المسئولية على أساس أنه ليس من العدل أن يسأل عن شخص لم يختاره ولم يستطع أن يراقبه فى تصرفاته . أضف إلى أن مبدأ حماية القاصر هو الذى يمنع كذلك من مساءلته فى هذه الحالة .

---

(١) سأروك Soarec المرجع المشار إليه ص ٥٩ وما بعدها .

(٢) أوبرى ورو : ج ٦ ص ٣٨٢ وراميسيانو Ramiceano ص ٣٠٣ وما بعدها وفلور Flour المرجع المشار إليه ص ٤٩ وما بعدها .

وفى ألمانيا بعد أن جاء الفقيه الألمانى «Ihring» بنظريته المشهورة فى المسئولية عن الخطأ فى تكوين العقد "la culpa in contrahendo" حدث أن انقسم الرأى الفقه والقضاء فيها بين مؤيد ومعارض إلى أن استوت هذه النظرية فى التشريع الألمانى بنص صريح .

غير أنه يلاحظ بعد ذلك كله أن الجدل فى مثل هذه الأحوال إنما كان يثور بصدد المسئولية عن فعل النائب عند تكوين العقد .

وإذا كان الأستاذان « مازو » وغيرهما من المؤيدين لنظرية النيابة يقصدون هذا الوضع بالذات فالمهم أن هذا الوضع لا يخص المسئولية العقدية عن فعل الغير على الاطلاق . إذ نحن نذهب مع جماعة وكثرة القائلين بعدم تكوين المسئولية العقدية قبل قيام عقد صحيح بين الأطراف وهذا ما سنبحثه فيما يلى من الرسالة[١] .

وقد أشرنا إلى أن الأستاذين « مازو » قد تأثرا بالنص الوارد فى المادة (٢٧٨) . وعندى أن المسئولية فى هذه الحالة لا تتعلق بوضع النيابة اطلاقاً .

إن المشرع الألمانى بايراده نص المادة (٢٧٨) وهو : يسأل المدين عن خطأ نائبه القانونى وعن الأشخاص الذين يستخدمهم فى تنفيذ تعهده كما لو كان ذلك خطأه الشخصى . يوحى من سياقه أن المسئولية تتعلق بمشكلة التنفيذ . وأن المشرع الألمانى قد أورد النص حلا للخلاف الذى نشب حول قيام مسئولية الأصيل عن أفعال نائبه القانونى .

فما هو مدلول هذا النص ؟ .

أقيم وصى على قاصر أو قيم على معتوه . من الطبيعى أن هذا الوصى أو هذا القيم هو الذى يتصرف بكافة التصرفات . فإذا ما أخل الوصى مثلا بالتصرف ولم ينفذ الالتزامات التى عقدها لحساب الأصيل . نعم لم ينفذ ونحن نلفت النظر إلى ذلك هل يقال أن من الضرورى قيام المسئولية بأداء التعويض من قبل القاصر أم يجب أن يقال على العكس من ذلك بلزوم تحمل الوصى وحده عبء مسئولية أداء التعويض ؟ .

---

(١) انظر الباب الرابع من الكتاب الأول من الرسالة وراجع ستيفانى ص ٦٠

لقد وجد المشرع الألمانى أن ما يقتضيه واجب العدالة والموازنة الاقتصادية فى العقد بين أطراف الالتزام أن يسأل الأصيل القاصر فى هذه الحالة عن أفعال نائبه فى التنفيذ ليس باعتبار هذا نائباً وإنما لغرض آخر هو حفظ العدالة وتحقيق التوازن الاقتصادى بين المتعاقدين . ولقد أضاف المشرع الألمانى فى سياق نص المادة ٢٧٨ إلى النائب القانونى طائفة الأشخاص الذين يستخدمهم المدين كذلك لتنفيذ التزامه العقدى وأسبغ على هؤلاء نفس الحكم[١] .

ومن يرجع إلى الأسباب الموجبة للقانون الألمانى لسنة ١٩٠٠ وهو القانون الذى جاء فيه نص المادة (٢٧٨) يرى أنه لم يدر بخلد واضعيها اطلاقاً أن مبدأ النيابة هو الأساس الذى دفع المشرع الألمانى إلى النص على مسئولية الأصيل فى النيابة القانونية عن أفعال النائب القانونى ، بل أن الأسباب الموجبة نصت ثلاثة أسس لم يكن مبدأ النيابة واحداً منها[٢] .

وعندى أنه إذا سئل الأصيل عن فعل النائب فلا يسأل لأن فعل النائب هو فعله باعتبار الأخير نائباً عنه ، ذلك لأن النيابة هى أداء عمل قانونى بأمر من الأصيل على وجه ما . . . على وجه معين ، فإذا خالف النائب ولم يؤد ما طلب منه فقد فقد على هذا الوجه هذه الصفة ، وإذا سئل الأصيل بعد ذلك عن هذا الفعل فما أساس هذه المسئولية إلا لوصفه ضامنا لفعل النائب الذى ربطته به علاقة النيابة ، كما هى الحالة بالنسبة للمدين فى مسئوليته عن من هم أهل بيته ، أو عن من هم فى علاقة قانونية أخرى معه . فالمسئولية هنا هى المسئولية بمناسبة النيابة وليس بسببها إذا صح هذا التعبير .

وقد أدرك الفقيه « ديموج » ذلك فأورد نظريته فى تحمل التبعة كأساس لمسئولية الأصيل عن فعل النائب فقال : بما أن الأصيل يجنى ثمرات النيابة ، أليس من العدل أن يتحمل فى ذلك المخاطر . إن النيابة توسع نطاق سيطرته فى العمل فتعطيه قابلية للتصرف لم تكن له لولاها . فيجب عليه أن يتحمل

---

(١) إن وضع النيابة ظرف وجد الشارع بمناسبته ضرورة مسائلة الأصيل فيه عن فعل النائب وأساس هذا هو ضرورة الموازنة الاقتصادية التى أشرنا إليها فى المتن .

(٢) سبق أن أشرنا إلى هذه الأسس عند بحثنا لنظرية « بيكيه » فى الأساس القانونى .

الأقدار السيئة التى يمكن أن تحصل . أن توسع نطاق سيطرته فى العمل تزيد من معاناة الاحتكاك فى نشاطه مع الآخرين . فمن العدل أيضاً أن توسع كذلك فى المسئوليات كما توسع فى فرص الربح[١].

ويشير « ديموج » فى موضع آخر فيقول : أو ليس هذا هو الوسيلة الوحيدة لتبرير السبب فى أن الأصيل يسأل عن الأضرار التى يسببها فعل النائب بسبب عدم التنفيذ . . . عدم تنفيذ العقد الذى عقد لحساب الأصيل . . . إن الأصيل الذى يحصل على المغانم من النيابة يجب عليه أن يتحمل المغارم والمخاطر التى تنشأ عنها[٢] .

وعلى أننا لا نقر الأستاذ « ديموج » فى الأساس الذى ذهب إليه من أنه « تحمل التبعة » لأنه أساس غير سليم فى رأينا ، ونذهب إلى أن الأساس الصحيح هو الضمان كما سنشرح ذلك عند كلامنا عن الأساس القانونى الصحيح لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير . إلا أننا نرى أنه أقرب جداً فى تصوره الصحيح مما ذهب إليه الأساتذة « مازو » وغيرهما . إذ أنه اتجه إلى بيان الحقيقة وإن لم يستطع بلوغها .

٤ — ويعيب بعض الفقهاء على هذه النظرية إنها تتجاهل الفرق بين وضعى المسئولية العقدية عن فعل الغير والنيابة . وذلك من ناحية أن آثار النيابة إنما تنصرف من وراء رأس النائب إلى الأصيل مباشرة ولا يسأل النائب عنها شيئاً بينما الحال فى المسئولية العقدية عن فعل الغير أن « الغير » فاعل الضرر فيها يقف فى المسئولية إلى جوار المدين . فإذا قيل بأن أساس مسئولية المدين عن فعل الغير هو النيابة ، لوجب القول إذن بقصر المسئولية على المدين فحسب دون الذهاب إلى مساءلة فاعل الضرر على أساس المسئولية التقصيرية[٣] . غير أنه فى مقدور أصحاب هذه النظرية أن يردوا عنهم هذا النقد بقولهم إن الحالة واحدة من هذه الناحية فى كلا الوضعين . فليس هناك فى منطق القانون مايمنع من قيام

---

(١) ديموج ج ٣ نبذة ٣٣٧ ص ٥٣٦ ج ٥ نبذة ٩٠٠

(٢) ديموج ج ١ نبذة ١٣٨ ص ٢٣١

(٣) بيلون : Pilon المرجع المشار إليه سالفا نبذة ٧

مسئولية النائب الشخصية عن الأفعال الضارة التى تصيب المتعاقد على أساس من المسئولية التقصيرية .

٥ — على أن الأمر ليذهب بنا فى نقد الأساس القانونى على أساس نظرية النيابة إلى أبعد من ذلك وإلى أبعد مما يتصوره القائلون به ، وإنه ليبدو من العجب أن نقول ، ومع الأسف الشديد ، أن أهم تطبيق فى مسئولية الأصيل عن فعل النائب والذى كان يمكن أن يعزز رأى فقهاء نظرية النيابة لم يسعفهم لا فى القانون المدنى الفرنسى ولا فى القانون المدنى الألمانى ولا فى أى تشريع مقارن آخر .

نصت المادة (١٩٩٤ ف/٧٠٨ مصرى[1] على أن الوكيل لايسأل عن أعمال وكيله الثانى إلا إذا كان هو نفسه قد ارتكب خطأ فى اختياره شخصاً معسرا » .

أو ليس من الغريب ونحن هنا أمام مسئولية عقدية عن فعل النائب : أمام مسئولية الأصيل (الوكيل الأول) عن فعل نائبه الاتفاقى (الوكيل الثانى) ومع ذلك لسنا أمام حالة من حالات المسئولية العقدية عن فعل الغير بل أمام حالة يتناولها المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى . لكننا نستطيع أن نرى وجه عدم تطبيق المسئولية عن فعل الغير هنا طبقاً لما رأيناه وما سنراه من أن الأساس الحقيقى للمسئولية العقدية عن فعل الغير هو الضمان . . فمن هو المدعى هنا فى هذه الحالة ؟ أليس هو الأصيل (الموكل الأول) الذى يشتغل الوكيل الأول لحسابه ؟ هنا لم ير المشرع داعياً لتشديد المسئولية على الوكيل عن خطأ وكيله الثانى فلم يفرض عليه الضمان الذى فرضه فى أحوال أخرى اقتضت فرضه فيها .

٦ — هذا وإن فقهاء نظرية النيابة أرادوا أن يجمعوا فى الأساس بين كلا الوضعين من أوضاع المسئولية : المسئولية العقدية عن فعل الغير والمسئولية التقصيرية عن فعل الغير وقالوا بأن أساس المسئوليتين يقوم على النيابة . وقد رغبوا فى هذا ليتوصلوا إلى القول بإمكان اعتبار التابع نائبا عن الأصيل فى

---

(٢) تتماثل المواد ١٥٧٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى و ٧٨١ من القانون اللبنانى ومادة ٢٥٤ من القانون السوفييتى مع مادتى المتن فى الأحكام .

تنفيذ التزامه . والذى لايخفى أن الفقه وللقضاء متفقان على وجوب التفرقة بين التابع والوكيل[١].

وعلى كل فلقد كان لرأى أنصار نظرية النيابة فيما يتعلق بالمادة ١٣٨٤ رد فعل واضح . وأنه إذا سلم هؤلاء الفقهاء من النقد فيما يتعلق باعتبارهم لأساس النيابة أساسا للمسئولية العقدية عن فعل الغير ، فانهم لا يستطيعون منه فكاكا فيما يتعلق بالمسئولية التقصيرية . حيث أن الأصيل لا يكلف النائب عادة بارتكاب جريمة أو شبه جريمة[٢] . وهناك نقد وجيه جداً يرسله « Flour » فيقول إن المادة ١٣٨٤ هى باعتراف الجميع قاعدة مستثناه من حكم القواعد العامه فى المسئولية التقصيرية عن الخطأ الشخصى . فكيف يمكن بناء قاعدة عامة على قاعدة استثنائية[٣] ؟ كما أن هذه المادة التى تحمل الطابع الاستثنائى ، تحدد الأشخاص والأحوال التى يسأل فيها المتبوع عن أفعال تابعة ولا يمكن إضافة أشخاص آخرين أو حالات أخرى فى المسئولية إلى هذه الحالات وهؤلاء الأشخاص[٤].

ونحن لا نحب مع ذلك أن يفهم عنا أننا من القائلين بعدم مسئولية الأصيل على أساس أنه لم يفوض النائب (أو التابع) سلطة ارتكاب جريمة أو شبه جريمة . ولكننا نذهب إلى أن أساس النيابة خاطىء لأنه يقوم على مقدمات خاطئة فيؤدى إلى نتائج خاطئة . وإننا نؤيد تماما الرأى الذى يجمع المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية عن فعل الغير على أساس واحد . فلا يمكن أن تقوم هاتان المسئوليتان المتماثلتان فى الطبيعة إلا على أساس مشترك ، ولكننا

---

(١) راجع سأروك — المرجع السالف الذكر ص ٦٠ وأوبرى ورو ط ٥ ج ٦ س ١٥٤ وبلانيول شرح القانون المدنى ج ٢ نبذة ٢٢٣٢ ونقض فرنسى ١٨٨٥/١٢/٣١ — سيرى ١٨٨٦ — ١ — ١٤٤.

(٢) رامينسانو — المرجع المشار إليه سابقاً ص ٣٠٠

(٣) فلور Flour ص ٥٣ وما بعدها .

(٤) فلور ص ٥٣ وفان راين Van Ryn المرجع السابق ص ٤٤ وبلانيول وريبير واسمان ج ٧ نبذة ٦٢٥ ص ٨٥٤ وسلمون ورتش — المسئولية التقصيرية المرجع المشار إليه سابقا ص ٤٢٨ وسوردا المرجع السالف الذكر ج ٢ نبذة ٧٩٦ مكرر . ويقول سلمون ورتش أن المادة ١٣٨٤ يجب أن تفرض بنص خاص وأن تفسر تفسيراً حرفياً .

مع ذلك لا نقر الأساس الذى قال به الأساتذة « مازو » ومن تبعهم من الفقهاء وذلك للأسباب التى عرضناها أعلاه .

٧ — على أننا إذا تجاوزنا عن جميع أوجه النقد السالفة ، نرى أن نظرية النيابة بدورها قاصرة عن أن تشمل جميع الأحوال التى يمكن أن تثور فيها مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير .

وقد رأينا أن هذه النظرية تذهب إلى أن المدين يسأل تعاقديا عن عدم تنفيذ العقد الحاصل بفعل « الغير » بسبب علاقة النيابة القائمة بين المدين وذلك الغير . وبدون وجود هذه العلاقة لا يمكن أن تقوم المسئولية على أساس . وبسبب ذلك يذهب الأستاذان « مازو » فى تفسير المادة (١٧٣٥) من القانون المدنى الفرنسى مذهبا عجبا . ذلك أن هذه الحالة التى هى عبارة عن مثال نموذجى للمسئولية العقدية عن فعل الغير يرى الاستاذان « مازو » فيها مجرد تطبيق للمبدأ فى المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى[١] .

ويبدو لنا صعوبة موافقة الأستاذين « مازو » على مذهبا إليه : لأنه يمكن القول حينئذ أنه فى جميع أحوال المسئولية العقدية عن فعل الغير يجب على المدين أن يتوقع حصول الضرر بفعل الغير وأنه يستطيع بمراقبة حازمة دقيقة أن يدفع الضرر فى كل الأحوال . وهذا مطلب عسير . وإذا صح فإنه يؤدى أيضاً إلى نفى النظرية العامة فى المسئولية العقدية عن فعل الغير التى حرص الأستاذان مازو على إثباتها فى كثير من الأحوال .

وإذا كان تطبيق المبدأ فى المسئولية العقدية عن فعل الغير ثابتا فى المادة (١٧٣٥) من القانون المدنى الفرنسى[٢] فإنه لا يمكن أن يقال أن أطفال وعيال

---

(١) يصرح مازو بأن المستأجر يسأل عن هؤلاء الأشخاص الذين يوجدون فى المأجور لأنه كان يجب عليه أن يتوقع حصول الاضرار التى تصيب المأجور بفعلهم ، أو أنه كان يمكنه أن أن يمنع وقوع الضرر لو أنه كان قد راقب هؤلاء الاشخاص مراقبة دقيقة . مازو : ج١ ص ٩٧٤ نبذة ٩٣٦ ظ ٣

(٢) نحن نجرى هنا على رأى أستاذنا الدكتور سليمان مرقص رسالة القاهرة المرجع السالف الذكر ص ٤١٣ والأحكام المشار إليها فيها .

المستأجر (المدين فى الالتزام برد المأجور سليما) هم نوابه فى علاقته مع المؤجر وبذلك تقصر نظرية النيابة عن تبرير هذه الحالة وهى حالة خطيرة من أحوال المسئولية العقدية عن فعل الغير .

٨ — ثم أن هذه النظرية تقوم — كالنظرية السالفة — على أساس انكار مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ، فعلام البحث عن هذه المشكلة وصرف الجهد فى دراستها ما دام الأساس فى المسئولية هو النيابة فإذا كان المدين يعتبر مسئولا عن أفعال غيره باعتبار هذا الأخير نائبا له . فلماذا لا يكون هذا هو التطبيق للمبدأ العام فى المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى ؟

وأخيرا من ناحية موضوع الأساس الذى تقدمه نظرية النيابة نرى أنه لا يصلح لأن يكون أساسا حقيقياً لمبدأ المسئولية العقديه عن فعل الغير .

يقول أنصار نظرية النيابة بوجوب قيام مبدأ عام للمسئولية العقديه عن فعل الغير ، فى القانون الفرنسى على الخصوص ، علما بأن هذا القانون لم يفعل سوى أنه قد أورد بعض تطبيقات لهذا المبدأ ، وذلك على أساس القاعدة العامة فى مسئولية الأصل عن فعل النائب .

والذى كان يبدو ضروريا من وجهة نظرنا الخاصة لـكى يتم لهم الحصول على غرضهم أن يعملوا على تبين حقيقة الدوافع والأساس القانونى فى نفس نظرية النيابة . كان عليهم أن يتبينوا السبب القانونى الذى دفع المشرع إلى تقرير مبدأ مسئولية الإنسان عن غيره سواء أكان هذا الغير نائبا أم تابعا . ولـكن هؤلاء الفقهاء وقفوا عند حد القول بأن أساس المسئولية العقدية عن فعل الغير هى النيابة .

وفى الحق أنه لن يغنى ، كما نرى ، رد الأساس إلى النيابة والسكوت عنده . ذلك أن وضع النيابة نفسه كان مدعاة للتساءل فيه عن الأساس القانونى ، وعلى أى وجه تقع مسئوليه الأصيل عن أفعال النائب . فذهبت الآراء فى ذلك مذاهب . قسم من الفقهاء أرجع الأساس إلى مبدأ تحمل التبعة ، كما رأينا ،

وقسم آخر من الفقهاء رده إلى المسئولية التقصيرية عن فعل الغير طبقاً للمادة ١٣٨٤ من القانون الفرنسى[١] .

أنه ، مع التسليم بأن المدين يسأل عن أفعال الغير الذين يسأل عنهم بمقتضى القانون لأنهم ينوبون عنه فى تنفيذ التزام الذى ألقى على عاتقه ، ليجب فى رأينا إعادة السؤال لماذا ولأى غرض قانونى قامت المسئولية العقدية عن فعل الغير حتى فى نفس حالة النيابة . ولكن نظرية النيابة لم تحاول أن تجيب ولم تجرء أن تواجه هذا السؤال .

أن مسألة من أدق المسائل لإنارة السبيل والقاء الضوء على مشكلة الأساس القانونى للمسئولية العقدية عن فعل الغير هى فى معرفة الغرض القانونى الذى يختفى وراء نفس مبدأ النيابة .

خلال قرون طويلة سابقة فى تطور مبدأ النيابة وصل الأمر إلى اعتبار الأصيل مسئولا مسئولية شخصية عن أفعال نائبة فيما يخص الشؤون التى يتكلف بها النائب لحساب الأصيل . فلماذا وصل الأمر بالتشريع والفقه إلى تقرير المسئولية الشخصية للمنوب عنه (الأصيل) عن أفعال النائب خلافا لما كان معروفا فى الأزمنة القديمة !؟

من المسلم به أن النائب يعمل لحساب الأصيل وهذا الأخير هو الذى يجنى الفائدة التى تتحقق من عمل النائب ولمصلحته فمن البديهى والمنطق وما تقتضيه العدالة أن يضمن الأصيل أفعال نائبه لضمان حقوق المتعاقد الآخر ولضمان حقوق المتعاقدين كل قبل الآخر . وهذا هو السبب الذى أدى إلى القول

---

(١) راجع وامينسانو المرجع السالف الذكر ص ٣٠٥ .

ويقول ستارك إن هذه النظرية تقوم كما تعتقد على خلط وهم ذلك أنه إذا كان من المقرر أن علاقة التبعية تشبه علاقة النيابة إلى حد كبير فإن هذا لا يغير من حقيقة أن نظرية النيابة لا يمكن أن تفسر لماذا يسأل الأصيل وقد سلك سلوكا لا عيب فيه كما لو كان قد ارتكب الخطأ الذى ارتكبه نائبة . إن هذا الفرض لا يمكن أن يكون إلا على مجاز fiction ولكن المجاز لا يمكن أن يكون أساسا تقوم عليه القواعد العامة وخصوصا فيما يتعلق بتفسير وضع النيابة كما يذهب إلى ذلك الراجح من الفقه .

ستاوك المرجع السالف الذكر ص ٢٠٨ .

باعتبار أفعال النائب كأنها هى أفعال الأصيل نفسه حفظاً للتوازن الاقتصادى فى ميدان العقد .

وهكذا يستطيع المرء أن يفهم كيف أنه يستطاع تأسيس المسئولية العقدية عن فعل الغير فى حالة النيابة وفى الحالات الأخرى . إذ أن الفكرة فيها أوسع من فكرة النيابة أو علاقة التبعية أو أى علاقة قانونية أخرى . . . أنها فكرة الضمان القانونى التى تسيطر على جميع هذه الحالات فى القوانين الحديثة .

ومن هنا قد نستطيع أن نلتمس العذر للشراح الذين استندوا إلى فكرة النيابة إلا أن الحقيقة الكاملة هى أنه فى جميع الحالات تصطف جميع هذه الأوضاع وتقف جنباً إلى جنب لتخدم غرضاً واحداً هو ضمان المتعاقد ، لصالح الدائن ، الأفعال التى تنتج بفعل نائبه أو بفعل أى شخص آخر له من علاقته بالمدين ما رأى المشرع معها وجوب إثبات مسئولية هذا الأخير عن أفعال هؤلاء .

وبهذا ننتهى من دراستنا للنظريات المختلفة التى يؤدى الأساس فيها إلى تصور الخطأ الشخصى كأساس للمسئولية العقدية عن فعل الغير ، وقد أثبتنا عدم كفايتها جميعاً فى الوصول إلى الأساس السليم لتلك المسئولية ، وبذلك نصل إلى النظريات الأخرى التى حاولت بناء الأساس القانونى بطرح فكرة الخطأ . وسنتكلم عن هذه النظريات جميعاً فى الفرع التالى .

الفرع الثانى

النظريات التى تطرح الخطأ كأساس للمسئولية العقدية عن فعل الغير

تشتمل هذه النظريات على نظرية تحمل التبعة وعلى نظرية الضمان الضمنى ونظرية الضمان القانونى و سنحاول دراسة كل نظرية منها فى مبحث خاص مع تقدير كل منها .

المبحث الأول

نظرية تحمل التبعة

وبمقتضى هذه النظرية أن كل شخص يستخدم أشخاصاً لأجل تنفيذ الالتزام الذى أخذه على عاتقه لصالح الطرف الآخر ، يكون مسئولا عن أفعال

هؤلاء الأشخاص إذا ما أخلوا بتنفيذ ذلك الالتزام ، أو إذا أساءوا تنفيذه ولو لم يرتكب هو شخصياً أى خطأ يمكن أن ينسب إليه أو يحاسب عليه .

ذلك أنه بالنظر للمنافع والمزايا التى يحصل عليها المستخدم من نشاط هؤلاء ، وبما وسع ، بسبب من نشاطهم ، دائرة أعماله فإنه يتعرض كذلك إلى تحمل « تبعة » الأعمال الضارة التى تصدر عنهم . وإذا كان هناك مجال للاختيار بين من يتحمل نتائج الأضرار التى قد تنتج من أفعال البدلاء والمعاونين أو المستخدمين فى التنفيذ : بين المدين الذى استخدمهم وبين الدائن ، فإن تنازع المصالح يوجب أخذ المدين بالمسئولية . فالمدين هو الذى اختار التابع ولمصلحته الخاصة فيتبع ذلك أن خطر تحمل المسئولية تقع تبعته عليه هو نفسه ، على الأقل لأنه فاعل الضرر بصورة غير مباشرة إذ أنه هو الذى وضع التابع فى الموضع الذى أدى إلى حصول الضرر فيه بفعل هذا الأخير[1] .

نقد هذه النظرية :

١ — على أن هذه النظرية لا يمكن أن تقوم فى فرنسا وفى مصر لسبب بسيط هو أنه لا المشرع الفرنسى ولا المشرع المصرى يقران الأخذ بمبدأ عام فى تحمل التبعة ، وعلى هذا فإنه لا يمكن القول بإمكان إقامة مبدأ عام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير على أساس هذا المبدأ .

٢ — ثم أن هذا المبدأ لا يستقيم فى أحوال قد لا نجد فيها فكرة استخدام الغير فى تنفيذ العقد ، ولا مسألة تحمل التبعة نتيجة لزيادة فرص الربح للدين . من ذلك مسئولية المستأجر مثلا عن أفعال من يساكنونه ويشاركونه الانتفاع فى المأجور .

٣ — ويذهب « بيكيه » فى رد آخر على هذه النظرية : إلى أن هذه النظرية قاصرة عن تبرير المسئولية العقدية عن فعل الغير ، وذلك لأن المدين غالبا

---

(١) قارن ديموج ج ٦ ص ١٠٢٨ وما بعدها وبلانيول وريبير وبولانجييه ص ٣٨١ نبذة ١١٠٣ ج ٢ وبلانيول المجلة الفصلية سنة ١٩٠٩ ص ٢٩٩ .

ما يستخدم أشخاصاً وأتباعاً فى منفعة ومصلحة الدائن ، كما يستخدمهم لمصلحته الخاصة[1] .

٤ — ثم يعترض اعتراضاً آخر فيقول على أنه إذا كان الأمر كما يدعى أنصار نظرية تحمل التبعة ، فإن المدين كان يجب أن يسأل ليس عن أفعال أو أخطاء التابعين والبدلاء فحسب ، ولكن عن كل النتائج الضارة حتى عن تلك التى تتحصل من القوة القاهرة أو الحادث الجبرى[2] .

٥ — وهناك اعتراض آخر يمكن أن يوجه إلى هذه النظرية ، وهى أنها لا تنجح فى تفسير حالة رجوع المدين على فاعل الضرر من تابع وبديل ومستخدم ، ومقاضاتهم واسترجاع ما دفعه إلى المتعاقد الآخر من تعويض . فلو كان الأمر كما يدعى أنصار النظرية لبطلت قاعدة الرجوع على أساس أن المدين هو الذى يجب عليه أن يتحمل المخاطر النهائية ، لأنه هو الذى يجنى المنافع والفوائد النهائية[3] .

المبحث الثانى

نظرية الضمان الضمنى

وتذهب هذه النظرية ، كما يظهر من تسميتها ، إلى أن المدين يسأل عن أفعال مساعديه وتابعيه ، لأنه قد ضمن ضمناً أفعال هؤلاء الأشخاص .

وقد كتب رينو "Reuand" يقول : إذا كان الواقع ، كما نميل نحن إلى الاعتقاد ، أن فعل التابع يكون سبباً أجنبياً قاطعاً ، باعتباره حادثاً فجائياً ، فإن مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير لا يمكن أن يزكى إلا إذا قام الدليل على أن هذا الحادث الفجائى الخاص يجب أن يقع على عاتق المدين وأن يتحمله على الرغم من كونه كذلك .

---

(١) بيكيه المرجع المشار إليه ص ٢٧٧ وما بعدها .

(٢) بيكيه ص ٢٧٧ .

(٣) أنظر مازو ج ١ ص ٩٧٨ وسأورك ص ٥٧ .

إن تقرير هذه القاعدة — كقاعدة عامة — لم يأت بصراحة القانون ، ولذلك يلزم الرجوع إلى اتفاق الطرفين المتعاقدين : الدائن والمدين . هذا الاتفاق إذا حمل نصاً صريحاً يلقى بعبء المسئولية عن أفعال الغير على المتعاقد نفسه ، فإن إثارة مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير تصبح ضرباً من العبث .

على أن الأمر على خلاف ذلك إذا لم يحمل الاتفاق نصاً صريحاً ، فيجرى التساؤل على الوجه التالى : هل يمكن أن يكون الضمان عن أفعال التابع متفقاً عليه بصورة ضمنية ؟ هذه هى كما نعتقد عقدة الموضوع .

أن نظرية الضمان الضمنى — ونحن لا زلنا مع Renaud — قد أيدت من قبل جمع من الفقهاء[١] وإليها أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى الألمانى .

وإذا كانت قد وجدت فى القانون الألمانى قرينة قانونية بمقتضاها يفترض أن المدين مسئول عن السلوك المستقيم لتابعيه (ويشير بذلك إلى نص المادة ٢٧٨ من القانون المدنى الألمانى التى حسمت مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير هناك) ، فإن عدم وجود مثل هذه القرينة القانونية فى القانون المدنى الفرنسى ليؤدى إلى التساؤل لمعرفة هل أن مثل هذا الضمان عن أفعال الغير كان قد دخل فى نية المتعاقدين عند التعاقد أم لا .

ويستطرد رينو قائلا « يجب قبل كل شىء ألا يفترض أحد أننا نرى أنه يجب البحث فى كل حالة بعينها للتفتيش عن النية الحقيقية للضمان الذى يراد فرضه على المدين ، فإذا كان المدين قد حمل على عاتقه هذا الضمان الضمنى عن فعل الغير ، فإننا فى الواقع لنتساءل هل فى الإمكان اعتبار وجود هذا

---

(١) منهم سالى : المرجع السابق ص ٤١٦ وسافاتيه : المطول فى المسئولية المدنية ج ٢ ص ٣٨٧ .

الضمان فى كل عقد وبصورة عامة مطلقة . وهل فى الإمكان افتراض أن المدين قد رضى بتحمل هذا الضمان عند الإقدام على التعاقد الذى يمكن فيه اللجوء لتنفيذه إلى الغير ؟

ويجيب رينو «Renaud» على هذا التساؤل بالإيجاب ، ويقدم لذلك الأسباب الآتية فيقول :

إنه ليس من السهل فى اقتصادنا الحديث أن نوافق على عقد لا يكون فيه المدين ضامناً بصورة ضمنية لفعل الغير . بدون شك قد يبدو هذا الضمان متعارضاً مع مصالح المدين الخاصة ، ولكن لو ولينا وجهنا شطر الدائن ، فهل يعتقد أحد بأن هذا الأخير قد قبل بأن يبرأ المدين فى الأحوال التى يرجع عدم التنفيذ فيها إلى فعل تابع من أتباعه ؟

هل يمكن أن يعتقد أحد أن الدائن أراد أن يحرج نفسه بإثبات خطأ المدين فى الاختيار أو الرقابة . ذلك الإثبات البالغ الصعوبة .

إن تفكير الدائن واضح وهو : رتب أمورك أنت أيها المدين حسب ما يحلو لك . نفذ منفرداً أو بواسطة مساعديك ، ولكن المهم هو التنفيذ ، وإذا ما قصر تابعوك فى مهمتهم فالويل لك ! إذ إننى أنا الدائن لا أعرف عنهم شيئاً ولا أعرف أحداً سواك .

وتفكير الدائن على هذا النحو معروف للمدين ، ولا يمكن أن يضعه موضع الشك ، فهو نفسه لو كان دائناً لفكر نفس هذا التفكير . وهذه هى إرادة الدائن وتطابقها إرادة المدين المتعاقد على هذا الأمر وهو عين التعاقد على الضمان الضمنى .

ويستطرد رينو قائلا : وبالإضافة إلى ذلك فإن الاعتبارات الاقتصادية تتطلب أن يكون المدين مسئولا عن أفعال تابعيه . وإذا كانت هذه الاعتبارات الاقتصادية لا يمكن أن تخلق قواعد قانونية ، فإنها على الرغم من ذلك يمكن أن تولد ذهنية قانونية لخلق قاعدة قانونية . ويكون من الصواب الذهاب مع الأسباب الموجبة للقانون المدنى الألمانى بأنه إذا كان المدين قد التزم

بتعهد ما ، فإن قواعد التجارة الحديثة ترى فى هذا التعهد أو الارتباط علامة على تعهد المدين بضمان سلوك من يساعدونه فى تنفيذ التزامه هذا سلوكا مستقيما .

فيمكن الأخذ إذن بقرينة الضمان التعاقدى الضمنى فى فرنسا على أساس الضرورات الاقتصادية التى تحتم الأخذ بمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير . وإذا كانت الضرورات الاقتصادية لا يمكن أن تخلق قواعد قانونية كما قلنا ، لكنها يمكن أن تقود إلى وضع مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ، على أساس الإرادة المحتملة للمتعاقدين[١] .

نقد هذه النظرية :

١ — إن كثيراً من الفقهاء قد عابوا ، ولهم الحق ، على هذه النظرية افتراضها لذلك الضمان الذى يقال بأن المدين قد تحمل بواسطته وبصورة ضمنية تبعة أفعال تابعيه ومساعديه . ويذهب الراجح من الفقه إلى أن هذا الضمان ، على هذه الصورة ، ما هو إلا خيال محض وتصور موهوم[٢] .

وكتب « مازو » فى هذا الصدد يقول : لقد حاول البعض أن يبنى المسئولية العقدية عن فعل الغير ، على أساس الإرادة الضمنية للطرفين المتعاقدين ، وقد أكد هذا البعض أن المدين قد تعهد ضمناً للدائن أن يضمن له أفعال تابعيه .

لكن هذا يفترض عند أطراف العقد نية غير موجودة ، أو على الأقل لا توجد دائماً وفى كل الأحوال .

ثم أن المدين مسئول سواء أراد هذا الضمان أم لم يرد ، ويجب عليه دائماً أن يتحمله . وهو على هذا يكون مسئولا دائماً وفى جميع الظروف[٣] .

٢ — ثم أنه قد يبدو من الأحوال التى يبرر بها سالى ورينو هذه المسئولية

(١) رينو ص ٦٣ .
(٢) بيكيه ص ٢٨١ . استيفانى ص ٩٦ سأورك ص ٨٥ ، ديموج ص ٦٢٨ . بهجت بدوى رسالة باريس ص ٦١ وما بعدها .
(٣) مازو ص ٩٧٨ .

أن هذا الأساس يفترض أن المدين قد التزم بتحقيق نتيجة ولذلك يلقى عليه هذا الضمان . وفى هذا تراجع إلى نظرية الالتزام بتحقيق نتيجة . . تراجع إلى نظرية سبق لنا بيان فسادها وعدم صلاحيتها كأساس لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير . ومن هذا كله يظهر أن نظرية الضمان الضمنى قاصرة بدورها أيضاً عن تقديم أساس سليم للمبدأ العام المشار إليه .

المبحث الثالث

نظرية الضمان القانونى

إن الدكتور بهجت بدوى هو الذى عرض لنا هذا الرأى متابعاً به الأستاذ بيكيه فيما يخص الأساس القانونى للمبدأ فى المسئولية العقدية عن فعل الغير فى القانون الألمانى .

ويذهب هذا الرأى إلى أن الأساس الحقيقى لهذا المبدأ هو القانون نفسه وهو الذى يفرض ضمان أفعال الغير ويلقيها على عاتق المدين .

ويقول بهجت بدوى : « والاعتبارات التى أدت وتؤدى بالمشرع إلى وضع مثل هذا الضمان هى الاعتبارات التى تنجم عن العدالة وتحقيق المصالح العامة ، أما لاعتبارات العدالة فلأنه فى الحقيقة أغلب ما يكون هؤلاء الأتباع الذين يسأل عنهم المدين غير مستطيعى الوفاء بمبلغ التعويض الذى يحكم به عليهم ، وذلك لأنهم غالباً ما يكونون من المعسرين . ومن يبقى إذن فى المجال القانونى إلا شخصيتين اثنتين : أحدهما شخصية الدائن والأخرى شخصية المدين ، ولا يمكن أن يختار لتحمل مسئولية أفعال هؤلاء إلا المدين ذاته الذى يجب عليه أن يتحمل نتائج أخطاء تابعيه . ثم أن تطلب إثبات خطأ المدين فى الاختيار أو الرقابة عبارة عن إخلال بمقتضيات العدالة ، حيث أنه غالباً ما يكون هذا الإثبات من الصعوبة بمكان ، على الخصوص فى حالات الصناعات والمشروعات الكبيرة .

ثم أن هذا الضمان ضرورى أيضاً لمقتضيات الضرورات الاقتصادية الملحة .

فمن جهة لقد اندفع تقسيم العمل إلى أبعد الحدود ، وذلك بسبب التطور العميق للصناعة والمشروعات الكبيرة وبسبب تقدم التجارة ، فإن شأنا واحداً من الشئون ليتطلب فى العصر الحديث تعاون أوجه نشاط متعددة . ومن جهة أخرى فإن تنازع المصالح أصبح حادا بالغ الحدة . ومن هنا يمكن أن يرى جيداً كيف أنه من الضرورى أن يسأل أرباب الصناعات وأرباب العمل ومن على شاكلتهم بصورة مطلقة عن أخطاء تابعيهم .

ويستطرد الدكتور بهجت بدوى إلى القول : ولقد قلنا سابقاً أن المادة (٢٧٤) من القانون المدنى الألمانى تضع المبدأ العام الذى بمقتضاه يسأل المدين عن خطئه الشخصى ، والمادة (٢٧٨) قد جاءت تعارض هذا المبدأ العام فتضع مبدأ مسئولية المدين عن أفعال تابعيه .

وأمامنا فى فرنسا المادة نص (١٣٨٤) ونص المادة (١١٤٧) التى يبنى على هداها « بيكيه » نظريته العامة فى المسئولية العقدية عن فعل التابع .

ولكن المشرع الفرنسى فى كلامه من السبب الأجنبى لم يتوقع ولم يقصد المعنى الذى فسره به « بيكيه » ، أن من الواضح أن المشرع الفرنسى قد أهمل الكلام عن أثر فعل التابع بالنسبة للمدين كما سبق أن أشرنا فيما سبق ، وعليه لا يمكن أن يكون هناك حل للموضوع غير الذى جاء به المشرع الألمانى ، فالأسباب الآمرة للعدالة والنظام الاقتصادى التى حتمت وجود المادة ٢٧٨ فى التشريع المدنى الألمانى هى نفسها التى تفترض وجود المبدأ أيضاً فى القانون الفرنسى حتى مع عدم وجود نص خاص فيه كالذى ورد فى القانون الألمانى . لأن هذا المبدأ هو قاعدة من قواعد العدالة وقواعد النظام العام لا تؤثر فى وجودها وعدمها نص أو عدمه ، ولا يؤثر ذلك فى وجوب تطبيقها[١] .

ولن نناقش هنا هذا الأساس فيما يتعلق بالقانون الألمانى والقانون السويسرى فإن لذلك مكاناً آخر ؛ على أنه يبدو للوهلة الأولى سحر هذه النظرية

---

(١) بهجت بدوى رسالة باريس ١٩٢٩ ص ٦١ .

فيما يتعلق بالقانون الفرنسى . غير أن هذا السحر ليزول متى برهنا أن هذا الضمان وتلك القرينة القانونية المزعومة لا ينهض عليها دليل حتى تلك الأسباب التى ساقها الدكتور بهجت بدوى لتأييدها .

ولقد قال رينو "Renaud" إن اعتبارات المصالح الاقتصادية أو التجارية لا تكفى لوحدها لخلق قاعدة قانونية ، ولا تكفى لكى ينشأ المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير . المبدأ الذى قال عنه الدكتور بهجت بدوى إنه يعارض المبدأ العام والقانون العام فى المسئولية العقدية . . المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى .

ثم أن مبدأ المسئولية عن فعل الغير نفسه قد يتغير من وضع إلى آخر ، وقد يصطنع القانون لكل وضع شروطاً خاصة قد تبعده عن وضع المسئولية العقدية عن فعل الغير أو قد تدنيه منه .

وأصدق مثال على ذلك حالة الوكالة . فإن نص المادة ١٩٩٤ مدنى فرنسى م ٧٠٨ من القانون المدنى الجديد تنص على أن الوكيل لا يسأل عن أفعال الوكيل الثانى إلا إذا أساء الاختيار . أى أن أساس المسئولية هنا يقوم لا على المسئولية العقدية عن فعل الغير ، بل على أساس المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى .

ثم أنه توجد أحوال عديدة وخصوصاً فى عقود التبرع كالهبة والوديعة والعارية لا يمكن أن تثور فيها لاعتبارات العدالة ولنظرية السبب إلا عند وجود نص صريح ، مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير . وقد لا يلتزم المدين فى بعضها — كالهبة — إلا عن خطئه الجسيم حسب م (٤٩٦ جديد) و (٥٢١ ألمانى) وعن العارية كذلك فى القانون الألمانى مادة ٥٩٦ .

ولذلك فنحن نخالف من يرى إقامة مبدأ عام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير فى القانون المدنى الفرنسى أو فى القانون المدنى المصرى القديم وفى أى قانون آخر لا يوجد فيه نص صريح عام .

الفرع الثالث

مشكلة الأساس القانونى

فى القوانين التى لم يورد المشرع فيها نصاً عاماً

لقد أجمع الفقه والقضاء فى فرنسا وأجمع الفقه فى مصر كذلك[١] عند محاولته معالجة مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير على أن المشرع الفرنسى والمشرع المصرى القديم لم يحاولا أن يقيما مبدأ عاما فى المسئولية العقدية عن فعل الغير . فإن هذه القوانين لم يرد فيها نص كالذى ورد فى المادة ٢٧٨ من القانون المدنى الألمانى وكالذى جاء فى المادة ١٠١ من قانون الالتزامات السويسرى .

فكيف يمكن إذن والمسألة على هذا الوضع — أن تحل مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير فى هذه القوانين ، وعلى أى أساس يمكن أن يقوم هذا الحل ؟

لقد رأينا فيما سبق أن جميع المحاولات قد أخفقت لتقرير وجود مبدأ عام عن المسئولية العقدية عن فعل الغير فى القانون الفرنسى والقانون المصرى القديم

ولم ينجح أى أساس من الأسس التى عرضت فيما سبق فى أن يثبت على النقد لكى يقوم عليه ذلك المبدأ العام المراد .

وفى الحق أنه لن تنجح أى محاولة من هذا القبيل لاثبات المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير لا فى فرنسا ولا فى مصر قديماً . أن الأساس الحقيقى الذى يقوم عليه المبدأ العام فى التشريعات الحديثة هو الضمان القانونى كما سنرى ذلك فيما بعد : الضمان القانونى الذى يلقى على عاتق المدين ويتحمل بموجبه نتيجة فعل الغير . وهذا الضمان القانونى لا يمكن أن يقوم إلا مستندا إلى نص صريح فى القانون . بغير ذلك لا ينجح أى رأى يحاول أن يستند إلى

---

(١) مازو المرجع المشار إليه الطبعة الأخيرة ص ٢٨٣ وستيفانى ص ٩٥ سليمان مرقص ص ٤١٠ ، بهجت بدوى أصول الالتزامات ص ٤٥٥ ورسالة باريس ١٩٢٩ ص ٥٩ وكل المراجع المشار إليها فى ص ٨ من الرسالة .

اعتبارات تخرج عن النصوص وعن القواعد القانونية العامة ، للقول بوجود المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير .

أضف إلى ذلك أن هذا المبدأ يدخل بشكل استثنائى خطير على مبدأ آخر : مبدأ عام معروف هو المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى .

والرأى السليم الذى يمكن أن يقوم على الإدراك النيِّر لحقيقة وجوهر القواعد القانونية وملابساتها هو الذى يذهب إلى أن مبدأ المسئولية المقدية عن فعل الغير لا يمكن أن يختلف فى الطبيعة إطلاقا عن المسئولية التقصيرية عن فعل الغير حيث يرمى كلاهما إلى غاية واحدة وهدف واحد .

فإذا كان الشارع الفرنسى قد أورد النص المشهور فى المادة (١٣٨٤) فما ذلك إلا لرغبته فى الخروج عن دائرة المبدأ العام فى المسئولية التقصيرية عن الفعل الشخصى ، ولكننا إذا تصفحنا نصوص المسئولية العقدية لم نجد نصاً مماثلا لذلك النص ، وبالتالى فإن الخروج عن القاعدة العامة بدون نص أمر لا يجوز .

يدعى هؤلاء الذين يرون جواز هذه الخروج أن هناك مبررات قوية من العدالة والمصلحة العامة توجب ذلك . ولكن من يراجع نصوص القانون الفرنسى أو المصرى القديم مثلا ليجد أن هناك اختلافا فى كيفية معالجة مسائل المسئولية فى وضع من الاوضاع عنه فى وضع آخر ، وقد ينفرد بعض الأوضاع بعلاج مشكلة المسئولية فيه على نحو يغاير وضعاً له مشابه أو قريب .

وأبرز مثال على ذلك وضع الوكالة حيث يرتب الشارع مسئولية الوكيل الأول عن أفعال وكيله الثانى بعيدا عن القاعدة العامة فى المسئولية العقدية عن فعل الغير وراداً إياه إلى القاعدة العامة فى المسئولية عن الفعل الشخصى كما سبق وأشرنا إليه مراراً[1] .

---

(١) وتأييداً لرأينا نسوق كلام بيكيه حيث يقول : Cependant le préncipe n'est pas absolu, le mandataire qui a été autorisé a se substituer, n'est pas responsable, dit l'art. 1994 ques'il a fait choix d'une persone incapable ou insolvable . . . dans le meme suns l'art. 1748 I tli. /o/o Auteriche. 664 All. 399 suis féd''.

ويستطرد بيكيه إلى القول بأن القانون الألمانى يذهب إلى هذا أيضاً فيما يخص العارية مادة ٥٩٩ وفيما يخص مسئولية مدير المؤسسة م ٢٧ ومدير الشركة م ٧١٣ والقائم بشئون الوصية (بيكيه ص ٢٩٢) .

وأن تقدير اعتبارات العدالة والمصلحة العامة ليبدو لنا مختلفاً فى كل حالة بعينها . ولـكل ذلك رأينا أن ما سبق وضع المادة (٢٧٨) فى القانون الألمانى ومناقشة الموضوع فى مؤتمر الفقهاء الألمانى ، يوحى بأن هذه الاعتبارات تختلف من رأى إلى رأى ومن مكان إلى آخر ، ولا يستطيع أن يحسم اعتبارات العدالة ومقوماتها وضرورياتها فى تشريع من التشريعات غير المشرع نفسه . . . إن عدالة التشريع . . عدالة القانون ضمن النصوص العامة هى التى لها الاعتبار الأول إذ لا محل للعدالة المطلقة فى بحث مسألة ما من مسائل التشريع والقانون .

ولهذه الأسباب اضطر المشرع الألمانى — مقدرا اعتبارات العدالة ومقتضيات التطور الاقتصادى — إلى إيراد المادة (٢٧٨) فى مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير . وهكذا كان الأمر فى سويسرا — من عدم إيراد نص عام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير ، إلى أن طلع المشرع السويسرى بنص المادة (١١٥) فى قانون سنة ١٨٨١ التى أصبحت فيما بعد المادة (١٠١) فى قانون الالتزامات السويسرى لسنة ١٩١٢ .

ولذلك فإنه لا يجوز القول بامكان إقامة مبدأ عام فى المسئولية العقدية ، عن فعل الغير فى فرنسا من مجموعة النصوص المتفرقة . وهذا ما كان يمكن اعتباره الرأى السليم فى ظل القانون القديم فى مصر .

كيف إذن يمكن أن يكون الحل ؟ .

قد يبدو أن ما قلناه فى غاية الجراءة لما فيه من مجافاه لمعظم الآراء التى قيلت فى خصوص مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ، ولـكننا نؤمن مع ذلك بشيئين اثنين :

١ — إنه فى حدود النصوص الراهنة فى القانون الفرنسى لا يمكن إقامة مبدأ عام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير . وكان الأمر كذلك فى ظل القانون المدنى القديم على أنه ولله الحمد أصبحت المناقشة فى ظل القانون المصرى مناقشة تاريخية فحسب .

٢ — نحن نتفق مع جمهور الفقهاء فى أن هذا المبدأ أصبح من ضروريات التشريع المدنى فى العصر الحديث فيلزم لذلك تدخل المشروع فى الظروف

والأحوال التى يراها ملائمة لتقرير هذا المبدأ . وهذا هو ما فعله حديثاً واضع القانون المدنى المصرى الجديد .

ونحب هنا أن نقرر حقيقة أخرى وهى أنه قد يبدو من خلال الأخذ والرد فى الدفاع عن قيام مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير أو عن عدم قيامه ، إن المسألة قد تكون على أعظم جانب من خطر الشأن من الناحية العملية . على أن الأمر فيما نعتقد أبسط مما يظنه الكثيرون .

أن المناقشة النظرية قد تبدو ضئيلة الأهمية جداً عند الإقدام على تطبيق نصوص القانون ، وعندما توضح المسألة أمام أعين القضاة [١] .

وعندى أنه يمكن التوفيق ببساطة متناهية بين مقتضيات العدالة والضرورات العملية من جهة ، وبين مظهر القواعد القانونية الدقيقة من جهة أخرى . وفى الواقع أننا لو قمنا بعقد مقارنة بين القوانين التى ورد فيها نص عام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير وبين التشريعات التى لم ينص فيها على هذا المبدأ لوجدنا أن أغلب النصوص التى تنطبق على مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير فى التشريعات الأولى قد تناولتها نصوص مشابهة فى التشريعات الثانية ، وفى خارج هذه النصوص لا نحسب أن المشكلة قد تثور على نطاق واسع نوعا ما .

على أنه إذا فرض وأمكن أن تثور مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير خارج حدود النصوص التى وردت فى التشريعات الخالية من النص العام

---

(١) وأمامى مجموعة كبيرة من الأقضية وعلى النصوص ما كان خاصا منها بفرنسا تطبق هذا المبدأ فى الأحوال التى وردت فيها النصوص الخاصة بهافى القوانين وترجع فى الأحوال الأخرى إلى سائر طرق الدلالات والاستنباط للحكم بالمسولية . فقد حكمت محكمة استئناف باريس فى الحكم المشار إليه ص ٣٨ من الرسالة بمسئولية شركة المترو عن فعل مسافر أصاب مسافرا (راكبا) آخر على أساس عدم كفاية تابعيها فى مراقبة فتح وغلق أبواب المترو . (جازيت باليه ١٩٢٧ جـ ٢ ص ٦٢٢) نقض فرنسى (٨/٢ / ١٩٤١ D.J. 13. 1941 نقض فرنسى ١٣ / ١٢ / ١٩٢٧ دالوز الأسبوعى ص ١ سنة ١٩٢٨ . وفيه أيضا نقض فرنسى ٢٠/٧/١٩٣٢ دالوز ١٩٣٢ ص ٣٨٢ سنة ١٩٣٢ ومحكمة النقض عرائض ٤/١١/٩٣٨ ، جازيت باليه جـ ١ ص ٤٧٥ سنة ١٩٣٨ ومحكمة اكس ٢٧/٢/١٣٨ ، دالوز الأسبوعى ١٩٣٨ س ٢٩٧ حكم محكمة النقض فى ٣٠/٤/١٩٤٧ جازيت دى باليه ١٩٤٧ — ٢ — ٥٠ .

ولنأخذ القانون الفرنسى كمثل ، فإنه يمكن اللجوء إلى طرق أخرى كثيرة للوصول إلى حل عملى ومنطقى معا . ومن هذه الطرق :

١ — قواعد التفسير عن طريق دلالات النصوص : مفهوم النص وموافقة النص وغيرها .

٢ — وإذا قصرت هذه الدلالات فى التفسير فإن عندنا مصدراً غنياً وهو الرجوع إلى استنباط نية المتعاقدين الحقيقية ، وإلى تعرف اتجاهها إلى الضمان الضمنى من المتعاقد للمتعاقد الآخر . وليس أسهل على القاضى من هذا الاستنباط فى كثير من الأحيان كما يعترف بذلك أئمة الفقهاء . وعلى الرغم من أننا سبق وأنكرنا على « سالى » و « رينو » نظريتهما فى تأسيس مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير على الضمان الضمنى ، وقد عرضنا إلى أنه لا يمكن إطلاق القول بوجود هذا الضمان الضمنى كضربة لازب فى كل عقد خلا من الشروط التى تحدد العلاقة بين المتعاقدين ، إلا أننا نتفق مع جميع الفقهاء فى القول بأنه يمكن اكتشاف وجود الضمان الضمنى فى كثير من الأحيان[١] .

هذا وقد نجد فى العقد أحيانا نصا صريحاً يؤكد هذه المسئولية وذلك مما يسهل مهمة القضاء إلى حد كبير .

٢ — وأخيراً قد يمكن الالتجاء فى النهاية إلى المادة (١٣٨٤) من القانون المدنى الفرنسى و ١٧٤ مصرى لإلقاء عبء المسئولية على المدين إذا ما توافرت أركان المسئولية التقصيرية عن فعل الغير حسب شروط هذه المادة .

ومن هذا كله يبدو أن الأمر ليس على ما قد يظهر من الخطورة لأول وهلة فى القول بنفى المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير فى القانون الفرنسى وفى كل تشريع آخر حذا حذوه فى إيراد تطبيقات خاصة لهذا المبدأ فحسب . وكان يجب أن يقال بهذا الرأى أيضاً فى مصر فى ظل القانون القديم . وقد تدارك المشرع المصرى الجديد هذا فقطع حبل الجدل فى هـذه المسألة بايراده فى نص المادة (٢١٧) ما يشير إلى قبوله لهذا المبدأ كمبدأ عام .

---

(١) مازو : ج ١ ص ٩٧٨ ط ٣ .

على أننا نأخذ على المشرع المصرى تقصيره فى إيراد هذا النص على الشكل الذى ورد فيه ، إذ كان أمامه وهو يعالج هـذه المسألة نصوص أدق وأوضح كنص المادة (١٠١) من قانون التزامات السويسرى ، ونص المادة (٢٧٨) من القانون الألمانى مثلا . وقد غابت عنى الحكمة فى إيراد النص المصرى على الشكل الذى صيغت به المادة (٢١٧) ، كما سبق وأشرت إلى ذلك عند دراستى لتاريخ مبدأ المسئولية العقدية ؛ عن فعل الغير فى القانون المصرى .

الفصل الثانى

الأساس القانونى فى التشريعات

التى ورد فيها نص على المسئولية العقدية عن فعل الغير

لقد اجتهد عدد كبير من الفقهاء الألمان وعدد من الفقهاء فى سويسرا فى تعرف الأساس القانونى الذى يقوم عليه المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير فى كل من القانونين الألمانى والسويسرى . وتمتاز آراء هؤلاء الفقهاء جميعا بالعمق والدقة . على أن كل النظريات التى قيل بها لا تخرج فى جوهرها عن النظريات التى طرحت فى فرنسا ومصر وفى غيرها من البلاد . نظريات بعضها يرجع الأساس إلى النيابة وبعضها يرجعه إلى مبدأ تحل التبعة وبعضها الآخر إلى الضمان القانونى وبعضها الآخر يرجعه إلى أساس الالتزام بنتيجة .

وقد أوردت الأسباب الموجبة (Les motifs) فى القانون المدنى الألمانى ثلاثة أسس لهذا المبدأ هى : تحمل التبعة ، الالتزام بنتيجة ، والضمان الضمنى[1] .

وها نحن نعرض على التوالى أهم النظريات فى خصوص تحديد الأساس القانونى لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير .

الفرع الأول

النظريات التى قيلت على أساس النيابة القانونية

لقد قيل بعدة نظريات فى بيان أساس مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ، وتجتمع كلها فى النهاية على أساس النيابة وسنشرح لذلك فى المباحث التالية هذه النظريات .

---

(١) بيكيه ص ٢٦٦ .

المبحث الأول

نظرية Dreyer

لقد ذهب الفقيه الألمانى « Dreyer » فى تقريره الذى قدمه للمؤتمر السابع عشر للفقهاء الألمان ، إلى أن مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير يقوم على أساس النيابة "qui facit per alium facit per sei" . ويرى "Dreyer" أن التابع الذى يعمل برضا سيده إنما يعتبر نائباً لهذا الأخير . ويعتبر كذلك حتى ولو لم تنتج علاقة النيابة من عقد وكالة بين الإثنين . فإن للعامل ، حتى مع عدم وجود عقد الوكالة . التفويض الدائم والسلطة اللازمة لتنفيذ العمل الذى عهد به إليه[1] .

وقد سبق أن قلنا ونعيد القول هنا — ويؤيدنا فقهاء ألمان فى هذه المرة — أن هذه النظرية مهما بدت من أنها مغرية فهى ليست إلا نظرية خاطئة .

فالأشخاص الذين يستخدمهم المدين لتنفيذ التزامه لايقومون بانجاز أعمال قانونية ، وهذا على الأقل فى غالبية الأحوال ، وإنما هم يقومون بانجاز أعمال مادية[2] .

فالنيابة ، التى هى عبارة عن حلول إرادة محل إرادة أخرى لانجاز مهمة ما ، لا تتكون إلا فى الإفصاح عن إرادة الأصيل ، بإرادة النائب ، لانجاز تصرف قانونى وليس لغرض القيام بأعمال مادية بسيطة .

ففى الحقيقة لأجل أن تكون هناك نيابة لا يكفى أن يتعهد شخص بالقيام بنشاط لمصلحة الغير ولكن يجب أن يكون الغرض من هذا النشاط هو الوصول إلى عقد تصرف قانونى لحساب الغير .

وهكذا يكون تحقيق عمل قانونى فى استعمال حق أو انجاز التزام ممكنا — كما يقول « Von Tuhr » — لأن يكوّن علاقة نيابة ، كاستعمال حق التنازل باعلان إرادى من جانب واحد مثلا ، أو تنفيذ التزام بنقل حق . ولكن هذه ليست حالة التابع البسيط الذى يتحدد نشاطه بالقيام بعمل مادى بحت بأن يعاون المدين على تنفيذ الالتزام .

---

(١) هذه النظرية مشار إليها فى بازولا . المرجع السالف الذكر ص ٢٧ ومابعدها .

(٢) فون توهر Von tuhr الالتزامات ج ١ ص ٢٨٢ مشار إليه فى بازولا ص ٢٨ .

إن انجاز التصرف القانونى يقع على الخصوص على عاتق المدين : فهو الذى يعقد أو يبرم العقد مع الدائن وهو الذى لهذا السبب يقوم بالنشاط القانونى . أما عمل التابع فعلى العكس من ذلك إنما يكون فى النشاط المادى الذى يضاف إلى نشاط المدين ، وهذا الانضمام هو الذى يبعد كل حلول لإرادة محل إرادة أخرى لانجاز تصرف قانونى .

يضاف إلى ذلك فإنه يشترط — وهذا بديهى — أن يعرف النائب الشخص الذى يقوم بالتعامل معه لحساب الأصيل . وعلى هذا لا يمكن القول أبداً بحسب مثال « Enneccerus » أن عاملا عند خياط عهد إليه بأن يجهز بدلة ، يمكن أن يعتبر نائباً لسيده فى ذلك . فالعامل فى الحقيقه لا يعرف حتى من ستكون البدلة من نصيبه .

على أنه إذا قيل بحسب « شيرونى Chironi » أن هناك نيابة فعلية فإن هذا ليبدو أنه شعور ، من أولئك الذين يقولون بمبدأ النيابة كأساس لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ، بعدم صحة المعنى الذى يحاولون الصاقه بمبدأ النيابة من الناحية القانونية . والذى يبدو لنا من هذا أن اصطلاح النيابة الفعلية خال من أى معنى قانونى[١] .

المبحث الثانى

نظرية العضو

يذهب "Abicht" هذه المرة إلى القول بأن مجموع الأعوان الذين يستخدمهم المدين عبارة عن منظمة "organe" تابعة له ، فأفعاله الحسنة والسيئة هى التى تنبثق عن العضوية "organisime" بالنسبة لصاحب المنظمة ، ولهذا السبب فهو الذى يجب أن يسأل عنها . فالمدين بحسب مقدرته وقوته لا يستطيع

---

(١) قارن بازولا ص ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، ويمكن أن يضاف طبعا إلى هذه الاعتراضات على نظرية النيابة كأساس المبدأ العام للمسئولية العقدية عن فعل الغير كافة الاعتراضات التى سقناها سالفا عند علاجنا لهذه النظرية فى الفصل المتقدم .

منفرداً أن ينجز عملا من الأعمال فللوصول إلى ذلك يكون مضطراً إلى تقوية أهليته وكفاءته فى العمل وإلى تدخل الأعوان الذين ينضمون اليه . وبذلك يكون من المنطق أن يظل مسئولا عن أخطاءهم .

والواقع أن ما يقوله هذا الكاتب ما هو إلا تصور وخيال .

إن الحقيقة على خلاف ذلك . إن نشاط الأعوان ينفصل عن نشاط المدين ويختلف عنه من الناحية النظرية والعملية . صحيح أنه هو الذى يختار الأعوان ولكن نشاطهم يختلف عن نشاطه الشخصى [١] .

وعندى أن هؤلاء الفقهاء ويمثلهم « Abicht » لم يصلوا ولم يلمسوا ، حتى مع صحة افتراضهم هذا ، السبب الذى دفع المشرع إلى اعتبار أفعال الاتباع كأفعال أرباب العمل . وهذا هو الغرض من دراسة الأساس القانونى للمسئولية العقدية عن فعل الغير كما سبق أن أشرنا عند نقدنا نظرية النيابة « لمازو » [٢] .

المبحث الثالث

نظرية الأداة

يذهب «mayer» الفقيه الألمانى المشهور فى تقرير قدمه أيضاً إلى المؤتمر السابع عشر للفقهاء الألمان — إلى أن المستخدم ليس إلا أداة فى يد المدين ، ولذلك لايجب الاصرار على معرفة السبب فى مسئوليته عن الاتباع .

على أنه لا حاجة إلى كثير من الجهد لدحض هذه النظرية . أنه لا يمكن بحال من الأحوال تشبيه التابع ، وهو الذى له إرادة ونشاط خاص ، بأداة فى يد المدين وذلك لغرض الوصول إلى استخلاص نتائج قانونية . فإن هناك شخصاً له أهلية قانونية مقابل آلة صماء غير حية . وهكذا يبدو أن هذه النظرية الأخرى ليست إلا لا شىء [٣] .

---

(١) سأورك ص ٦٣ ـ ٦٤

(٢) راجع الفصل السابق فى الرسالة

(٣) ساروك المرجع المتقدم ص ٦٤ .

أن المستخدم بالرغم من أنه يتلقى تعليمات وتوجيهات رب العمل فإن له حريته فى العمل كذلك ، وله نشاط يختلف عن نشاط المدين ويتميز عنه . هذا النشاط الذى ينضم إلى نشاط المدين ولا يندمج فيه . وفى هذا يقول « بيكيه » و«Enne ccrus» إن تابع المدين هو آلة تدير نفسها بنفسها ، وليس هو آلة فى أيدى المدين كتلك الآلة التى تكون فى يد الحداد[١] .

كما أننا يمكن أن نوجه إلى هذه النظرية ما سبق أن وجهناه إلى سواها من النظريات من ناحية قصورها عن أن تحكم جميع حالات المسئولية العقدية عن فعل الغير . وإذا نجحت هذه النظرية فى بيان الأساس القانونى لمسئولية المدين عن أفعال تابعيه فإنها لا تنجح فى بيان الأساس القانونى لمسئولية المدين عن أفعال الذين يمارسون حقا من حقوقه التى اكتسبها بالعقد الذى عقده مع المتعاقد الآخر ، وذلك كمسئولية المستأجر الأول عن أمثال المستأجر الثانى (من الباطن) وكمسئولية المقاول الأصلى عن المقاول الثانى وكمسئولية المستأجر عما يأتيه من أفعال ضارة من يوجد فى المأجور من أهل بيته أو من الذين يوجدون فيه برضاه فى وقت من الأوقات .

الفرع الثانى

نظرية تحمل التبعة وفروعها

المبحث الأول

نظرية تحمل التبعة

قال بهذه النظرية فى ألمانيا فقهاء منهم «Unger» «Rameilun» . ويقول الأول : إن المدين الذى يستدعى الغير لتنفيذ التزاماته الشخصية يلتزم قبل الدائن حتى فى حالات انتفاء خطئه الشخصى . لأنه يكون فى هذه الحالة جانياً للفائدة التى تعود عليه من التعهد ، فعليه أن يتحمل تبعة رجوعه إلى الغير .

---

(١) بيكيه ص ٢٦٤ و Ennecerus مشار إليه فى بازولا ص ٣٠ .

فهو حينما يستفيد من النشاط المشروع لتابعيه ، يجب عليه طبقاً للموازنة التعاقدية ، أن يتحمل النتائج الضارة من نشاط هؤلاء .

ويعترض « بازولا » على هذه النظرية بنفس الاعتراض الذى اعترض به « بيكيه » من أنه فى كثير من الأحيان لا يكون الرجوع إلى الغير لتنفيذ الالتزام إلا لمصلحة الدائن وحده ، أو على الأقل لمصلحة الدائن والمدين جميعاً لأجل كمال المقدرة على تنفيذ الالتزام ، ويضرب لذلك المثل الذى أورده «Brodmann» فى حالة ما إذا قطع مشاهد فى مسرح تذكرة للاستمتاع بحفلة موسيقية أو عرض مسرحى ، فإن القائمين على الإدارة فى العزف والتسجيل ليعملون فى مصلحة الدائن والمدين[1].

وعندى أن هـذه النظريه ، كما يقول بعض الفقهاء أيضاً ، لا تفسر مبدأ رجوع المدين على التابع عند إخلاله فى تنفيذ الالتزام الذى ألقى على عاتق الأول . فلو أن لأمر كان كما يدعى أنصار نظرية تحمل التبعة لوجب أن يتحمل المدين النتائج الضارة نهائيا سواء قد استفاد نهائيا من أفعال التابعين أم لم يستفد شيئا .

ثم أنه قد توجد أحوال أخرى لا نجد فيها تحقيق فكرة تحمل التبعة .

وأن المشكلة كما يقول « بازولا » أوسع من ذلك إذ تشمل حالات أكثر عموما من تلك التى تظهر فيها فكرة « المشروع » وتجنيد الاتباع لجنى الأرباح وتحمل الخسائر ، وهى تثور فى الحقيقة فى جميع الأحوال ضد كل مدين بالتزام بقى غير منفذ بفعل تابعية[2] أو بفعل غيرهم ممن يسأل عنه .

---

(١) عرض النظرية ونقدها فى بازولا ص ٣٢

(٢) بازولا ص ٣٣

المبحث الثانى

نظرية قسط التأمين

theorie de la prime d'assurance

يعتقد "Ubbelhide" أن مسئولية المدين عن أفعال تابعيه ينبغى أن تؤسس على أساس مقابل التأمين . ويشرح ذلك بالقول « أن المدين إذا ما أراد أن يحمى نفسه من تحمل أخطار أفعال تابعيه فما عليه إلا أن يضيف فى كل مرة ينتج فيهما سلعة من السلع إلى الثمن مبلغا يغطى الخطر الذى قد يتحمله من جراء أفعال هؤلاء . ويذهب هذا الفقيه إلى أنه قد يكون الصواب فى حالات الإنتاج الكبير أن يؤمن المدين بصورة ، كافية و بمبلغ محسوب على أساس معقول من الإحصاء العلمى ماقد ينجم عن تلك المخاطر[١] .

ويرد على هذه النظرية أنه بالنسبة للمشروعات الصغيرة قد يكون هذا الحساب مستحيلا فقد تأتى بنتائج ضارة كافية لأن تطيح بالمشروع وتمتص المبلغ الكامل للأقساط وهذا مايؤدى إلى تهافت هذه النظرية كما يرى ذلك بحق "Enneccrus" .

كما يرد عليها بأن مذهب "abbelhide" ليظهر كأنه تفسير لهذه المسئولية وليس تبريراً لها ، وأنه قد يؤدى إلى القول بالمسئولية عن الضرر دون حاجة إلى تقدير ركن الخطأ[٢] .

الفرع الثالث

نظرية الالتزام بنتيجة وفروعها

قال بهذه النظرية فقهـــاء متعددون منهم « Puchata و Burharchi Leonhard »[٣] وأيدتها المحكمة الامبراطورية الألمانية العليا والمحكمة التجارية العليا[٤] .

---

(١) بازولا ص ٣٤

(٢) بازولا ص ٣٠ .

(٣) سأورك ص ٣٥ وما بعدها .

(٤) الأحكام مشار إليها فى بازولا ص٢٣ .

ويقول Leonhard فى تقريره المرفوع إلى المؤتمر السابع عشر للفقهاء الألمانى ، أنه بحسب مسئولية الـ Condactor operis عن أفعال تابعيه إن رب العمل لا يتعهد ببذل نشاطه الشخصى فحسب ، وإنما يتعهد بتحقيق النتيجة المطلوبة من هذا النشاط .

ويحاول أصحاب هذه النظريه أن يعمموا الحكم الذى ورد فى هذه الحالة ويطلقوه فى جميع أنواع الالتزامات وحيث تقوم أى مشكلة من المسئولية العقدية عن فعل الغير .

ويقول بازولا فى نقد هذه النظرية : لو تركنا جانباً ما ننعى به على هذه النظرية من خطأ فى لجؤها إلى المصادر التى استقت منها أساسها . فإننا لنأخذ عليها أنه يجب بحسب منطقها ألا يسأل المتعهد عن أفعال التابع فحسب ، بل يجب أن يسأل كذلك عن جميع أحوال القوة القاهرة التى قد تمنع من إحداث النتيجة المطلوبة .

ونحن لا نزيد هنا شيئاً فى قدح هذه النظرية ، ويكفى أننا قد استوفيناها نقداً فى الفصل السابق .

ألا إنه فيما يظهر أن بعض الشراح حاول أن يصوغ نظريات أخرى تختفى تحت ستار آخر ، ولكنها تتجه جميعها فى النهاية إلى هذه النظرية ، وسنعالج أهم هذه النظريات فيما يلى :

المبحث الأول

نظرية «Ennecerus» فى التعهد المجرد «obligalio abstracto»

يقول هذا الفقيه : إن المدين لا يعد بتحقيق نتيجة نهائية موضوعية . وإنما يعد بتحقيق شخصى مجرد وغير محدد لهذه النتيجة .

فلم تعد النتيجة هى محل الالتزام الذى يلتزم به المدين . وإنما محل الالتزام هو جمع العناصر الضرورية لتنفيذها وتحقيقها بواسطته هو أو بواسطة غيره . ومن هذا الالتزام المنحصر بجمع العناصر الضرورية لتحقيق النتيجة ينبثق

الضمان الذى يلقى عليه عبئه لصالح الدائن لكى يجمع تلك العناصر الضرورية للتنفيذ سواء أكان ذلك بنفسه أم بواسطة تابعيه .

ويقول «Enne ccerus» إنه إذا كان إصلاح التعهد «obligatio» إنما يعنى « أن المدين يسأل عن تحقيق مصلحة الدائن الخاصة المتعلقة بهذا الالتزام ، فإن المدين لا يسأل فقط عن فعله الشخصى وإنما عن فعل الغير أيضاً . وإذا كان المدين ملتزماً بالتعهد فإنه يلزم ببذل عناية لتحقيقه ، وإذا كان ملزماً بأن يحقق الالتزام بواسطة الغير بدلا عنه ، فإنه يلزم بأن يبذل التابع هذه العناية أيضاً[١] .

على أن ساروك يذهب فى انتقاد هذه النظرية إلى القول بأن من الملاحظ أن تعهدات المدين بالوفاء بالتزامه لا ينتج عنها ضمان فعل الغير . وأن المدين إذا ما تعهد بتنفيذ الالتزام فقد لا يكون مخطئاً إذا ما استعان بالغير فى تنفيذه[٢] .

وإذا كان لى الحق فى أن أعلق على هذا الرد فأقول : أن القانون عندما ينص على ذلك الضمان يصبح الأمر مفهوماً وواضحاً ، ويظهر أن « ساروك » قد تأثر فى رده بالقانون الفرنسى الذى لا يحتوى على النص العام فى المسئولية عن فعل الغير ، ولم يلحظ فى الرد أنه ينقد فقيهاً يتكلم عن القانون الألمانى .

وإذا كان لى الحق كذلك فى أن أعقب على رأى الأستاذ "Énneccerus" فأقول : بأنه إذا كان قد قصد من رأيه هذا إلى أن المدين ضامن لأفعال تابعية ضماناً قانونياً على الوجه الذى يعرف به اصطلاح الضمان فى الفقه القانونى فهو محق ومصيب .

المبحث الثانى

نظرية الالتزام النوعى أو القوة الفنية للعمل

l'ohbligation genérique ou la force techenique du travail

بحسب هذه النظرية التى قال بها " Weithmeir " توجد جملة من العقود التى يجوز فيها للمدين أن يلجأ إلى الغير لتنفيذ الالتزامات التى تعهد بها . ولا يهم

---

(١) سأورك ص ٦٩ وبازولا ص ٢٧ .

(٢) سأروك ص ٦٩ .

الدائن فى أمثال هذه العقود مثل هذا اللجوء إلى الغير للتنفيذ . بل أن كل ما يبغيه الدائن هو أن ينفذ الالتزام أو أن يتم بحسب قوة فنية للعمل uue force techenique du travail .

وقوة العمل الفنية هذه إنما تتحدد تحديداً وصفياً qualieativement بحيث يجب أن يكون لها بعض الصلاحية "aptitude" أى القدرة على تنفيذ الالتزام . وتتحدد تحديداً نوعياً génériquenent بحيث يجب على المدين ، ككل مدين آخر ملتزم بتقديم شىء محدد بنوعه "de gere" ، أن يقدم الشىء المطلوب منه من نوع متوسط .

فلو أن تابع المدين هو الذى قام بدل هذا الأخير بتنفيذ الالتزام على صورة خطأ . يحصل أن النوع المطلوب فى التنفيذ لم يقدم ، إذ أن خاصية أو قدرة العمل الفنية «la caractéristique du pouvoir de travail»[1] تحتم أن يقوم هذا التابع بعمله بعناية . وعلى هذا تقوم مسئولية المدين .

و «ساروك» ينتقد هذا الرأى أيضاً من حيث عدم واقعيته فيقول أن المدين لا يتعهد فى هذه المرة بتحقيق قوة فنية فى العمل ، بل أن ما يتعهد به المدين هو أن ينفذ الالتزام . وليس يهم الدائن أن تكون القوة الفنية للعمل هى من تقديم المدين أو من تقديم غيره ممن يساعدونه فى التنفيذ . ويزعم «ساروك» أن الفكرة فى التعهد بتقديم القوة الفنية للعمل ليست إلا خيالا محضا[2] .

وما قلناه نحن بصدد النظريات التى تقتصر على حالات دون أخرى من أحوال المسئولية العقدية عن فعل الغير يمكن أن يرد به على هذه النظرية أيضاً .

ويرى بعض الشراح «كبازولا» و «بيكيه» أن هذه النظرية تقود إلى نظرية الضمان الضمنى[3] وحينئذ لا يكون فيها من عيب سوى أنها لا تقول بأن هذا الضمان هو الضمان القانونى الذى يفرض على المدين بقوة القانون .

---

(١) راجع فى شرح هذه النظرية بازولا ص ٢٤

(٢) ص ٧٠

(٣) بازولا ، ص ٢٥ : وبيكيه ص ٢٨٠ .

الفرع الرابع

نظرية سالى « Saleille » فى الضمان الضمنى

يذهب « سالى » إلى أن أساس المسئولية العقدية عن فعل الغير فى القانون الألمانى هو الضمان الضمنى الذى يتحمله المتعاقد عن أفعال تابعيه [١].

على أن وجه العيب فى هذه النظرية — كما بينا ذلك سابقا — يقوم فى أنها تتصور وجود هذا الضمان فى جميع الأحوال . وهـذا قد لا يتحقق فى كافة الظروف وعلى وجه الإطلاق . صحيح أنه يمكن ، باستنباط نية المتعاقدين الحقيقية ، الكشف عن هذا الضمان فى بعض الأحيان ولكن الافتراض بوجوده على الاطلاق فى كل تعهد قول يصعب الأخذ به . وهذا هو بالضبط ماحدا بالقوانين الحديثة على النص عليه وبفرض هذا الضمان بنص قانونى .

الفرع الخامس

الخاتمة فى بيان الأساس السليم فى التشريعات التى جاءت بنص عام

على أنه فى الواقع لا محل للقول بأن الضمان الذى ألقى على عاتق المدين هو ضمان ضمنى تعاقدى إزاء نصوص القانون الصريحة التى تفرض هذا الضمان على كل مدين عن أفعال غيره ممن يسأل عنه .

لقد أصبح من الميسور أمام قيام نص عام يحكم المسئولية العقدية عن فعل الغير القول بأن المشرع نفسه رأى ، لاعتبارات المصلحة العامة وتحقيقا لما تقتضيه العدالة وضرورات التوازن الاقتصادى فى العقود ، أن يفرض على المدين ضمان أفعال طائفة من الأشخاص الذين وجدوا تحت ظروف معينة فى علاقة معينة معه .

وعندنا أن هذا الأساس يستقيم على النقد من كل وجه ويخرج من كل معاركه سالما صحيحا . وقد حاول كثير من الفقهاء الاقتراب منه ولكن التوفيق

---

(١) سالى : النظرية العامة فى المشروع الألمانى المرجع المشار إليه ص ١٦

لم يحالفهم فقصروا عن إدراكه أو القول به . من هؤلاء الفقهاء ، القائلين بنظرية تحمل التبعة ، ومنهم القائلين بالضمان الضمنى التعاقدى . ومنهم أصحاب القول بالالتزام بنتيجة وكل الذين قالوا بأن الأساس لا يقوم ، فى المسئولية العقدية عن فعل الغير ، على خطأ المدين أو على أساس النيابة .

وقد وجه Edmond, Bertrand النقد على أساس الضمان القانونى فقال عنه أنه أساس اقتصادى وليس يصلح أساساً قانونياً(١) وهو يقول أنه لا يحل مشكلة الأساس القانونى . إذ يبقى التساؤل قائماً ولماذا فرض المشرع هذا الضمان عن أفعال الغير ؟ لماذا فرض المشرع الضمان على المتبوع وأجبره على أن يضمن أفعال الغير من غير أن يقع هو نفسه فى الخطأ ؟

على أن من السهولة بمكان أن يبادر المرء إلى الجواب على هذا الاعتراض بأنه إذا كان من الصواب أن أساس الضمان يمكن أن يكون أساساً اجتماعياً واقتصادياً فإن هذا لا يقدح كذلك فى أن يكون أساسا قانونيا عندما ينقدح فى عقل المشرع أن يفرضه للأسباب المارة الذكر . وبذلك يسقط الشق الأول من الاعتراض .

على أن الشق الثانى ليبدوا أكثر تهافتا من الأول فإن الرد بسيط على التساؤل الذى تساءل به ادمون برنداند E. Bertrand .

أن المشرع قد فرض هذا الضمان القانونى لأسباب عادلة ارتآها ، وقصد إليها لتحقيق أسباب التوازن الاقتصادى فى العقد ، ولأن المدين قد ينتفع فى بعض الأحيان من نشاط تابعه ، فيلزمه القانون أن يتحمل المخاطر أو النتائج الضارة من أفعال هذا الأخير . وهكذا يستقيم هذا الأساس فى تبيان حقيقة الدوافع التى دفعت المشرعين فى البلاد المختلفة التى أخذت فى تشريعاتها المدنية (٢) النص العام الذى ورد فى القانون الألمانى بالمادة (٢٧٨) منه .

---

(١) E Bertrad المرجع المشار إليه ص ١٦٩ .

(٢) الظاهر أن بازولا فى رسالته التى أسفنا الإشارة إليها مرارا يذهب إلى نفس الرأى وأن لم يصرح بذلك فهو يقول أن القانون يفرض هذه المسئولية على المدين لاعتبارات تتعلق بالعدالة ، على أن هذه الاعتبارات فى هذه المسئولية لا تصل بها — بحكم القانون — إلى مجرد مسئولية مادية موضوعية ، ص ٤٠ .

ونستطيع أن نختم الكلام بما قاله « بيكيه » فى هذا الصدد « الحقيقة أن القانون والقانون وحده هو الذى يفرض على المدين ضمان أفعال الغير أراد المدين أم لم يرد ، وإذا كان من الممكن للمرء أن يتحدث عن الضمان فإن هذا الضمان ليس إلا ضماناً قانونياً »[١] .

ونستطيع الآن أن نقرر باطمئنان تام أن الأساس الذى يقوم عليه المسئولية العقدية عن فعل الغير فى القانون المصرى والقانون العراقى أيضاً هو ذلك الضمان الذى يفرضه المشرع على كل مدين يتسبب فى استحالة تنفيذ التزاماته خطأ الأشخاص الذين ربطته معهم علاقة معينة ، وذلك فى الحدود التى يلتزم هو فيها بتحقيق تلك الالتزامات .

---

(١) بيكيه ، ص ٢٨٠

الباب الثالث

العلاقة بين المسئولية العقدية عن فعل الغير

والمسئولية التقصيرية عن فعل الغير

لا مراء فى أن بين المسئولية العقدية عن فعل الغير ومقابلتها المسئولية التقصيرية عن فعل الغير رابطة قوية مشتركة من حيث الطبيعة أولا ، ومن حيث الأساس الذى يقوم عليه كل من هذين الوضعين من أوضاع المسئولية ثانياً . وذلك على الأقل فى فقه كل من القانون المصرى والفرنسى .

فمن حيث طبيعة المسئولية قد اتضح ، من خلال دراسة مبدأ المسئولية المسئولية العقدية عن فعل الغير ، أن هذه المسئولية لا تقوم على أساس من الخطأ الشخصى بل إن هذه المسئولية عن فعل الغير — إذا صح تسمية هذا الوضع بالمسئولية — تقوم على أساس ضمان المدين لأفعال غيره ممن يسأل عنهم . وعلى هذا الرأى الغالب والراجح من الفقه والقضاء[1] .

والراجح كذلك أن المسئولية التقصيرية عن فعل الغير لا تقوم على أساس خطأ المسئول . وإذا كان قسم من الفقهاء يحاول التخلص من هذا القول بالذهاب إلى أن قرينة الخطأ فى الرقابة أو فى الاختيار قرينة قاطعة غير قابلة للاثبات العكسى[2] فإن هذا لا يغير من واقع الأمر شيئاً . فسواء قلنا بعدم اشتراط الخطأ أم قلنا إن قرينة الخطأ قرينة قاطعة ، فالنتيجة هى فى عدم تطلب إثبات

---

(١) قارن مارى دى فور رسالة باريس ١٩٣٧ المرجع السالف الذكر ص ١٤٦ وسليمان مرقص رسالة القاهرة ص ٤١٤ ونقض فرنسى عرائض فى ١٩٢٢/١/٢٥ دالوز ١٩٢٢ — ١ — ٧١ ونقض مدنى فى ١٩٤٧/١٢/١٣ دالوز ١٩٢٨ — ١ — ٩٩ ، وفى الفقه الألمانى راجع سالى : النظرية العامة للالتزام فى مشروع القانون الألمانى ص ٤٣٠ وما بعدها

(٢) راجع آراء هؤلاء الشراح فى مذكرات عن الفعل الضار للدكتور سليمان مرقص المطبعة الاجتماعية ببولاق القاهرة ١٩٤٨ ص ٩٧ وما بعدها

خطأ المسئول لقيام مسئوليته من ناحية ، وعدم استطاعته نفيه المسئولية عن نفسه بنفى ارتكابه أى فعل يمكن أن ينسب إليه به أيما خطأ من ناحية أخرى .

أما من جهة الأساس القانونى فسنرى فيما بعد أنه لا يمكن القول بتعدده بالنظر لكل من وضعى المسئولية عن فعل الغير فى كل من القانونين المصرى والفرنسى . وسنرى كيف أن المسئولية التقصيرية عن فعل الغير تقوم فى أساسها القانونى على نفس الأساس القانونى للمسئولية العقدية عن مثل الغير .

على أن هذا لا يعنى وجوب القول بإدماج هذين الوضعين من أوضاع المسئولية فى وضع واحد ، ذلك أنه لا تزال هناك فروقا دقيقة تفصل بينهما من الناحية العملية على الأقل [١] .

وقد رأينا خلال دراستنا لتطور مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ، إن الفقه والقضاء فى فرنسا وفى سويسرا كثيراً ما كان يميل إلى الخلط بين المسئوليتين ، وإلى تطبيق أحكام المادة ١٣٨٤ من القانون الفرنسى على المسئولية العقدية عن فعل الغير . ويرجع السبب فى هذا إلى شيوع نظرية وحدة الخطأ التى أقامت المساواة بين الوضعين من أوضاع المسئولية .

أما فيما يتعلق بالقانون الألمانى والقانون السويسرى فقد استحدثت فيهما ، بالإضافة إلى الفروق العملية ، فروق رئيسة أصيلة ، فلقد عالج المشرع الألمانى والمشرع السويسرى وضع المسئولية العقدية عن فعل الغير على وضعه المعروف من عدم تطلب الخطأ الشخصى لقيام المسئولية ، فإذا أتينا ناحية المسئولية الأخرى رأينا المشرع الألمانى فى المادة (٨٣١) من القانون الألمانى والمشرع السويسرى فى المادة (٥٥) من قانون الالتزامات السويسرى يشترطان قيام ركن الخطأ الشخصى لقيام المسئولية التقصيرية عن فعل الغير . وبذلك يمكن أن نقرر أن هذا الوضع من أوضاع المسئولية عن فعل الغير قد أعيد إلى وضعه الطبيعى فى المسئولية عن الفعل الشخصى .

---

(١) راجع فى المزايا العملية للتمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية والتقصيرية مازو جـ ١ ص ١١٦ نبذة (١٠١) وستيفانى : مذكرة فى مبدأ الخيرة بين المسئوليتين القاهرة ١٩٤٨ ص ٤ وما بعدها .

فالنظر للاختلافات العلمية وإلى هذا الوضع الجديد وإلى الملابسات التى تثيرها العلاقة بين المسئوليين فيما يتعلق بنظرية الخيرة ، وفيما يتعلق بشروط الاعفاء . فسنتكلم عن العلاقة بين المسئوليتين فى فصول ثلاث :

١ ـ الفصل الأول فى : أثر الخلاف فى نظريات وحدة الخطأ وتعدد الخطأ على المسئوليتين .

٢ ـ الفصل الثانى فى : نظرية الخيرة بين المسئوليتين وأثره على المسئولية عن فعل الغير .

٣ ـ الفصل الثالث فى : شروط الإعفاء من المسئولية وعلاقته بكلتا الحالتين من حالات المسئولية عن فعل الغير .

الفصل الأول

أثر الخلاف فى نظريات وحدة الخطأ

وتعدده على المسئولية عن فعل الغير

لعل من المعلوم لكافة المشتغلين فى فقه القانون المدنى أن النظرية التقليدية فى المسئولية كانت تذهب إلى أنه يوجد نوعان أصيلان من أنواع المسئولية : المسئولية العقدية من جهة والمسئولية التقصيرية من جهة أخرى . وأن كلا من هذين الوضعين من أوضاع المسئولية يتميز بفوارق أساسية رئيسة .

فالمسئولية العقدية وقد جاءت فى فصل خاص بها فى القانون المدنى عبارة عن أثر للعقد بين الطرفين المتعاقدين ، وهى بهذا وضع ينظم علاقات الأفراد الخاصة. أما المسئولية التقصيرية فهى عبارة عن مصدر رئيس من مصادر الالتزام يصدر عن القانون العام ، وهى إذن بهذا الوضع من النظام العام . فالخطأ التعاقدى إذا كان هو الإخلال بالمصالح الفردية للأطراف المتعاقدة ، فالخطأ التقصيرى هو الإخلال بالواجب القانونى الذى يفرضه النظام العام على كل فرد . ولقد أراد الفقه التقليدى أن يباعد بهذا بين أحكام كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية بصورة مطلقة من الناحية النظرية بالإضافة إلى الفوارق العملية التى تفصل هاتين المسئولتين . حتى لقد ذهب « sainctelette » إلى إطلاق اصطلاح « الضمان » ، « la garantie » على المسئولية العقدية وإلى أن يقتصر فى إطلاق كلمة « المسئولية » على وضع المسئولية التقصيرية (١).

وكان من أفراط النظرية فى الفصل بين المسئولية العقدية وبين المسئولية التقصيرية إن قامت نظرية مقابلة تفرّط فى الفصل وتنتقد النظرية التقليدية انتقادا شديدا . وقد ذهب أنصار النظرية الثانية : نظرية وحدة الخطأ ووحدة

---

(١) رسالة فى المسئولية والضمان بروكسل ١٨٨٤ ص ١٠ وما بعدها

المسئولية إلى القول بأن ليس هنالا إلا نوعا واحداً هو المسئولية التقصيرية .

وقد وصل الأمر عند « ليفيفر » [١] إلى القول بأن الخطأ وحده هو الذى ينشىء المسئولية . وأن الخطأ والمسئولية اصطلاحان لا ينفصلان . وأن المسئولية العقدية عبارة عن اصطلاح معيب ناتج عن صيغة خاطئة فى اللغة ! وأن المسئولية الحقيقية هى المسئولية التقصيرية . وهو يقول : أن وجود العقد لا يمكن أن يغير من طبيعة هذه المسئولية فى شىء ولا يمكن أن يخلق مسئولية خاصة . وأن نظرية المسئولية كلها قد أقيمت على المادة (١٣٨٢) من القانون المدنى الفرنسى .

وقد أيد هذه النظرية فقهاء آخرون ليفى عمانوئيل [٢] وجرانمولان [٣] .

على أن هذه النظرية سرعان ما لحقها النقد من كل جانب . كما أن النظرية التقليدية لم تسلم بدورها من النقد أيضاً .

وكما قيل فى نظرية وحدة المسئولية من أنها نظرية خاطئة لأنها تقوم على غير أساس سليم . فبالإضافة إلى وجود اختلافات عملية بين المسئوليتين من حيث الاختصاص بنظر دعاوى المسئولية ومن حيث صحة اشتراط الإعفاء ومن حيث تقدير التعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة ، فإن فى وجود العقد الذى لولاه لما لحق الضرر بالطرف الآخر المتعاقد ، ما كان ليحمل إلا على تطبيق قواعد مغايرة فى المسئولية العقدية عن تلك التى يمكن تطبيقها فى المسئولية التقصيرية .

وكذلك يذهب أغلب الفقه الحديث والراجح منه إلى الرد على النظرية التقليدية أيضا فى تقريرها وجود اختلاف جوهرى فى نفس طبيعة كلتا المسئوليتين . ويقول الفقه الحديث أن المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية لتقومان على أساس واحد هو الخطأ ، وأركانهما أركان مشتركة هى : الخطأ والضرر ورابطة السببية بين الخطأ والضرر . وما من سبب أبداً يدعو إلى تمييز طبيعة إحدى المسئوليتين عن المسئولية الأخرى .

---

(١) المجلة الانتقادية ١٨٨٦ ص ٤٨٥

(٢) المجلة الانتقادية ١٨٩٩ ص ٣٧٩ ومابعدها عمانوئيل ليفى

(٣) جرءولان رسالة رين ١٨٩٢ ص ٤ ومابعدها .

على أن هذا لا يقدح — كما قلنا — فى وجود فروق عملية بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . فروق فنية كما يدعوها بلانيول وريبير[١] . أو فروق تبعية كما يسميها الأستاذان « مازو »[٢] .

وإلى هذا الرأى يذهب معظم فقهاء العصر الحديث : جوسران ، بيكيه ، لالو ، ورينو ، وديموج ، وسالى ، وفى مصر السنهورى ، وسليمان مرقص ، وغيرهم .

على أن نظرية وحدة المسئولية لم تذهب دون أن تخلف أثراً ، وأثراً سيئاً كما يقول « بران »[٣] . وإذا كانت هذه النظرية قد أخفقت فى السيطرة على أحكام القضاء ، فإنها على الرغم من ذلك قد أثرت على بعض أحكام المحاكم فى بعض الأحوال . إذ قد تأثرت بعض هذه الأحكام بهامش المشابهات الموجودة بين كلا الوضعين من أوضاع المسئولية والتى أظهرها أنصار وحدة المسئولية . وترتب على ذلك أن نسيت تلك الأحكام المقياس الذى يحكم أساس التمييز . وتظهر حدة هذا القول وتنعكس بشدة على حالة المسئولية العقدية عن فعل الغير بتطبيق قواعد المسئولية التقصيرية عليها . وإذا كان القضاء الفرنسى قد أخذ فى الاستقرار على الوضع الصحيح فى التقسيم ، فإن القضاء البلجيكى ، مازال يخلط بين الوضعين من أوضاع المسئولية ، ولا يهتم بتطبيق قواعد المسئولية العقدية ، ويلجأ إلى قواعد المسئولية التقصيرية يستلهمها الحل[٤] .

إن فى التفرقة فيما بين المسئولية العقدية عن فعل الغير ، وبين المسئولية التقصيرية عن فعل الغير يظهر الفرق الأصيل بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية[٥] .

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ج ٤ ص ٣١٧ نبذة ٦٢

(٢) مازو : المرجع السالف الذكر ج ١ ص ١١٦ نبذة ١٠١

(٣) بران : المرجع السالف الذكر ص ١١٤

(٤) من القضاء الفرنسى الذى طبق المسئولية التقصيرية على حالات المسئولية العقدية نقض عرائض ١٩٠٧/١/١ سيرى ١٩٠٧ — ١ — ٤٩ والذى أخذ بالتقسيم الواجب نقض ١٩٣٨/٣/٢٧ سيرى ١٩٢٨ — ٣٥٣/١ والقضاء البلجيكى راجع فان رين ص ٢٢٨

(٥) وفى مصر قررت محكمة النقض وأكدت أن الفصل واجب بين الوضعين راجع حكمها المشار إليه فى هامش ص ٨ من الرسالة .

وإذا كان هذا التمييز لم يظهر أثره واضحاً فى فرنسا بالنسبة للوضع الخاص بالمادة (١٣٨٤) وفى مصر بالنسبة للمادة (٢١٢/١٥٢) من القانون القديم ، أو بالنسبة للوضع الحالى للمادة (١٧٤) من القانون المدنى الجديد . وفيما يتعلق بأوجه المشابهة بين هذه المواد ، وبين وضع المسئولية العقدية عن فعل الغير من حيث عدم إمكان التخلص من المسئولية بإثبات أن المتبوع لم يخطىء ، وعلى الحالين بعدم استطاعة المسئول التخلص من المسئولية بنفى الخطأ عن نفسه ، فإن الأمر على العكس من ذلك فيما يخص القانونين الألمانى والسويسرى كما يظهر من المادتين (٨٣١ ، ٥٥) على التوالى .

إن المادة (٨٣١) من القانون الألمانى والمادة (٥٥) فى قانون الالتزامات السويسرى تنصان على جواز التخلص من عبء المسئولية بإثبات أن المتبوع لم يخطىء فى اختيار أو مراقبة التابع فى المسئولية التقصيريه عن فعل الغير ، وعلى العكس من ذلك فيما يتعلق بالمسئولية العقدية عن فعل الغير إذ أن نص المادة (٢٧٨) من القانون الألمانى ونص المادة (١٠١) من القانون السويسرى لا يسمحان للمدين بإثبات عدم ارتكابه للخطأ كشرط لعدم مسئوليته .

على أن الفرق بين المسئوليتين عن فعل الغير ليظهر واضحا فى جميع التشريعات وفى كل البلدان : فى فرنسا وفى مصر وفى ألمانيا وسويسرا على حد سواء فيما يتعلق بدائرة الأشخاص الذين يمكن أن يسأل المدين عنهم . ويجمع الفقه والقضاء على أن هذه الدائرة ، أوسع فى الحالة الأولى أى فى حالة المسئولية العقدية عن فعل الغير ، منها فى الحالة الثانية التى هى حالة المسئولية التقصيرية عن فعل الغير [١] .

وعلى العموم فإن أوجه الاختلاف من الناحيـة التطبيقية فى القواعد والأحكام بين المسئولية العقدية عن فعل الغير ، لا يمكن أن يؤدى إلى الاختلاف فى الأساس القانونى لكل من المسئوليتين . تماما كما هو الحال بالنسبة للمسئولية

---

(١) حتى أن « فان رين » الذى يدافع عن مسلك القضاء البلجيكى فى تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية (م ١٣٨٤) المسئولية العقدية عن فعل الغير يحار فى مشكلة دائرة الأشخاص ومداها فى الحالتين ـ المرجع السالف الذكر ص ٤٣ ـ ٤٤

عن الفعل الشخصى . فإذا كان الأساس فى هذه الحالة الأخيرة هو الخطأ الشخصى فما هو الأساس الذى تقوم عليه المسئولية عن فعل الغير جميعاً ؟

لقد بان لنا عند دراستنا الأساس القانونى لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير أن أساس الخطأ : الخطأ فى الرقابة أو الخطأ فى الاختيار والذى قدمه بعض الشراح لا يصلح أساساً جديا للمسئولية عن فعل الغير .

إن هذا الأساس التقليدى قد اتضح تهافته بالاعتراض بأنه يلزم من القول به أن القرينة التى قيل بها قد تقبل الاسقاط أمام الدليل العكسى من جانب المدين أو المسئول ، فى حين أن هذا لم يكن مسموحا به على الاطلاق . وإذا قيل بأن القرينة القانونية التى وردت فى بيان أساس المسئولية عن فعل الغير هى قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، فان الرد يمكن أن يدحض بأن هذا لا معنى له بتاتا ، ولا يزيد عن أن يكون لعبا أو تلاعباً بالألفاظ . وإلا ما هى هذه القرينة التى لا تقبل إسقاطا وما الفرق بين هذا القول والقول بعدم اشتراط الخطأ كأساس للمسئولية ؟ ![1] .

وقد أوردنا فيما سلف رأى الأستاذين « مازو » فى تأسيس المسئولية عن فعل الغير على مبدأ النيابة . وقد أوردنا الأدلة فيما سبق أيضاً على عدم صلاحية مبدأ النيابة كأساس للمسئولية عن فعل الغير .

ولا يعيب مبدأ تحمل التبعة كأساس للمسئولية عن فعل الغير سوى أنه لا يستقيم فى جميع الأحوال ، وأنه لم يؤخذ به على إطلاقه كقاعدة عامة فى القانونين المصرى والفرنسى . هذا بالإضافة إلى الاعتراض الذى يثيره « مازو » من عدم استطاعة نظرية تحمل التبعة تبرير اشتراط خطأ التابع لقيام مسئولية المدين والمتبوع ، كما أن هذه النظرية لا تفسر حق الرجوع الذى أعطى للمسئول قبل فاعل الضرر[2] .

---

(١) يظهر أن هذا القول أكثر وضوحا فيما يتعلق بكل من القانونين الفرنسى والمصرى حيث يتحد الحكم فيما يتعلق بعدم القدرة على التخلص من المسئولية طبقاً للمادة ١٣٨٤ فرنسى والمادة ١٧٤ مصرى جديد وسنعالج مسلك المشرع الألمانى والمشرع السويسرى فيما يلى .

(٢) مازو : المرجع السالف الذكر ج ٢ نبذة ٩٣٣ ص ٩٤٨ وقارن سليمان مرقس الفعل الضار ص ١٤٦ وما بعدها .

ومن هنا يبقى الأساس السليم وحده فى الميدان إلا وهو « الضمان » الذى تقوم عليه المسئولية عن فعل الغير : فى علاقة بين شخصين يضمن القانون لإحدهما ، لاعتبارات العدالة وتحقيقاً للتوازن الاقتصادى فى العلاقات القانونية ، أن يحصل على حق له قبل فاعل الضرر من شخص آخر تربطه مع المتضرر علاقة قانونية وتربطه مع فاعل الضرر أية علاقة أخرى . وقد ذهب « دوما » من قبل إلى القول بهذا الأساس أساسا للمسئولية عن فعل الغير ، ويزعم أنه الأساس الذى أخذ به القانون الرومانى نفسه (١).

أما المشرع الألمانى ، وتبعه فى ذلك المشرع السويسرى ومشرع قانون الالتزامات البولونى ، وطبقا للضرورات الاقتصادية والظروف المتعلقة بحالة كل تشريع فى بلد بعينه ، فقد ذهب إلى فصل الأساس القانونى لكل من المسئولية العقدية عن فعل الغير والمسئولية التقصيرية عن فعل الغير ، إذ بينما يحافظ على « الضمان » كأساس للمسئولية العقدية عن فعل الغير يرجع إلى أساس الخطأ الشخصى بالنسبة للمسئولية التقصيرية وهذا هو صريح نصوص المواد (٨٣١) من القانون الألمانى والمادة (٥٥) من القانون السويسرى والمادة (١٤٤) من قانون الالتزامات البولونى وحيث أجاز المشرع البولونى للمتبوع أن ينفى المسئولية عن نفسه ببيان أنه قد أحسن اختيار تابعه .

---

(٢) رانجار ، المرجع السالف الذكر ص ٦٤

الفصل الثانى

نظرية الخيرة وأثرها على المسئولية عن فعل الغير

تلعب مشكلة «الخيرة» دوراً هاماً جداً فى فقه القانون المدنى . وقد اختلف رأى الفقه والقضاء فى : هل يجوز للدائن أن يجاوز قواعد المسئولية العقدية إلى قواعد المسئولية التقصيرية لو آنس فى هذه القواعد الأخيرة نفعاً يزيد عن ذلك الذى يحصل عليه لو التجأ إلى قواعد المسئولية العقدية . ومن يراجع آراء الشراح وقضاء المحاكم ليجد اختلافاً واضحاً بهذا الخصوص فى مختلف البلاد .

وقد انقسم الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر إلى رأيين : رأى يقول بجواز الخيرة بين هاتين المسئوليتين ويستند فى رأيه هذا إلى حجج ، ورأى آخر يعارض مبدأ جواز الخيرة ويشفع رأيه أيضاً بحجج اخرى ،

ولكن الظاهر أن الرأى الثانى هو الذى بدأ يأخذ فى الرجحان منذ زمن فى آراء الشراح وقضاء المحاكم فى هذين البلدين كما سنوضح ذلك فيما يلى :

على أن الأمر على العكس فى كل من : بلجيكا ، وألمانيا ، وسويسرا ، مع ملاحظة أن القانون المدنى البلجيكى هو القانون المدنى الفرنسى بعينه . فقد ساد فى هذه البلاد مبدأ جواز الخيرة .

وبالنظر إلى اختلاف الأحكام التى يرتبها كل من القانونين : الألمانى والسويسرى بمناسبة المسئولية العقدية عن فعل الغير ، والمسئولية التقصيرية عن فعل الغير ، فسنكسر الكلام فى ذلك على فرعين : الفرع الأول فى بحث مشكلة الخيرة فى القانون المصرى والفرنسى ، والفرع الثانى : فى بحث المشكلة فى القانون الألمانى والسويسرى .

الفرع الأول

وضع المشكلة فى القانون المصرى والقانون الفرنسى

لقد أثرنا فيما سبق ، بصدد الكلام عن التفرقة بين المسئولية العقدية ، وبين المسئولية التقصيرية ، مشكلة أساس هذه التفرقة ، وقلنا : إنه بحسب الرأى السليم يكون الخطأ هو هذا الأساس فى كل من هاتين المسئوليتين ، وذهبنا مع الراجح من الرأى إلى أن المسئوليتين تقومان على هذا الأساس الفريد . وأن المسئوليتين من ناحية طبيعتهما سواء . ثم ذهبنا إلى أن هذا لا يمنع من تعدد المسئولية ، ولا يعنى وجوب مطابقة قواعد هاتين المسئوليتين واتحادهما على نحو ما ذهب إليه أنصار وحدة المسئولية ، ذلك أنه لا تزال هناك فروقاً فرعية تميز قواعد المسئولية التقصيرية عن قواعد المسئولية العقدية.

وتبدو أهم هذه الفروق فيما يتعلق باختصاص المحاكم زماناً ومكاناً ، فى رؤية دعوى المسئولية ، وفيما يتعلق بمدى التعويض . وإذا لم يكن لمسألة التقادم والاختصاص من كبير أهمية من الناحية الفعلية ، فإن الأمر على خلاف ذلك فيما يتعلق بتقدير التعويض إذ لا نزاع فى أن الدائن يفضل الرجوع إلى قواعد المسئولية التقصيرية إذا أراد أن يحصل على تعويض عن الأضرار المتوقعة التى يسأل عنها فاعل الضرر تقصيرياً ولا يسأل عنها إذا كانت مسئوليته مسئولية تعاقدية[1] . وهذا بفرض أن فرص إثبات الضرر الذى أصاب الدائن أو المصاب واحدة فى كلتى الحالتين . إذ لو أنه لو قام الدليل على أن هذا الإثبات عسير لانتفت الحكمة من الرجوع إلى قواعد المسئولية التقصيرية التى هى أشد عبأ فى الإثبات على المصاب — كما هو معروف — من قواعد المسئولية العقدية . ومن هنا تبدو فائدة المناقشة فى جواز الخيرة بين المسئوليتين من عدمها بالنظر إلى الدائن .

---

(١) هذا بفرض لإخراج الغش والخطأ الجسيم من هذا الحكم حيث تستوى فى هاتين الحالتين قواعد المسئوليتين فى تقدير التعويض .

ولقد قيل فى تبرير جواز الخيرة واختيار الدائن للقواعد التى هى أجدى عليه من هاتين المسئوليتين (١) أسباب نجملها فيما يلى :

قيل أولا : أن المسئولية التقصيرية هى المسئولية العامة وما المسئولية العقدية إلا عبارة عن مسئولية خاصة بوضع خاص هو وضع العقد . وأنه إذا قام العقد وتحققت المسئولية العقدية بمناسبة الإخلال بهذا العقد ، وكان الإخلال أيضاً وفى نفس الوقت عبارة عن خطأ تقصيرى ، فإنه طبقاً للمبدأ العام يمكن الإلتجاء إلى قواعد المسئولية التقصيرية لأنها المسئولية الأصيلة .

وينبنى على هذا ثانياً أنه لا يمكن الاقتصار على تطبيق قواعد المسئولية العقدية فى حالة الإخلال بالالتزام التعاقدى ونفى تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية فيه . ذلك لأنه لا القانون ولا العدالة يسمحان بهذا القول . لا نص فى القانون أولاً يمنع من تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية ، ولا العدالة تقضى بهذا المنع ثانياً ، ذلك أن العقد يزيد من فرص حصول الاضرار للدائن فحرمانه من الرجوع إلى قواعد المسئولية التقصيرية فيه غبن كبير له .

وإذا صح — وهو كذلك — أن للمتعاقدين الحق أن يمنعا باتفاقهما تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية بالنسبة لأوضاع العقد الخاصة بين أطرافه ، فإنه إذا حصل وسكت المتعاقدان عن ذلك فإن الواجب يكون فى إعطاء الدائن هذا الحق فى الرجوع إلى قواعد المسئولية التقصيرية ، إذا رأى أن فى ذلك مصلحة له دون قواعد المسئولية العقدية (٢) .

ونرى ونحن نؤيد فيما نقول به ، أنصار عدم جواز الخيرة بين المسئولتين أن الرأى الذى عرضناه أعلاه يجانب الصواب وذلك لأنه :

١ — أنه كلا من المشرعين الفرنسى والمصرى قد عالجا قواعد المسئولية العقدية بصورة منفصلة عن قواعد المسئولية التقصيرية ، فخصص كل منهما فصلا

---

(١) وهذا لايعنى بالطبع أن الدائن يستطيع الجمع بين القواعد التى تصلح له كلا المسئوليتين ، وأنما يراد به إنه انما يرجع أما إلى قواعد المسئولية التقصيرية ويترك بذلك نهائيا قواعد المسئولية العقدية أو يلتزم بجميع قواعد المسئولية العقدية وهذا هو الذى يعنيه تماما مبدأ الخبرة .

(٢) راجع « فان رين » المرجع السالف الذكر ص ١٠٩ وما بعدها .

لبحث قواعد المسئولية العقدية وآخر لبحث قواعد المسئولية التقصيرية .

وأن إلقاء نظرة بسيطة على القانونين الفرنسى والمصرى تكفى لإثبات هذا القول . وإذا كانت هذه الحجة غير قاطعة الدلالة على أن المشرعين قصدا الفصل بين هاتين المسئوليتين فإن فى الحجة التالية ما يمكن اعتباره قاطعاً فى الدلالة على ذلك .

٢ — أن القول بأن قواعد المسئولية التقصيرية هى قواعد المسئولية الأصيلة وأن قواعد المسئولية العقدية هى قواعد مسئولية خاصة بوضع العقد قول لا أعرف له سنداً من منطق القانون ولا من نصوصه .

أن مصدر المسئولية كما قلنا — مصدر واحد هو الخطأ ولكن هذا لا يعنى وجوب اختلاط قواعد المسئوليتين لهذا السبب وحده . أن المشرع يقضى : أنه إذا تحقق الخطأ بمناسبة العقد قام الخطأ التعاقدى وترتب على قيامه قيام المسئولية العقدية ، وقامت آثار هذه المسئولية كما رتبها الشارع وقضى بها . وأنه إذا قام الخطأ التقصيرى بمناسبة الفعل الضار قامت المسئولية التقصيرية ، ونشأت آثارها بحكم الشارع أيضاً ، وعلى الوضع الذى رتب به الشارع هذه الآثار . ولذلك يكون من المنطق السليم أن تنشأ آثار كل من المسئوليتين مستقلة بعضها عن البعض الآخر .

هذا وأنه إذا أخذنا بقول أنصار مبدأ جواز الخبرة من أن للمسئولية العقدية صفة خاصة فماذا يعنى قولهم هذا إذا لم توجد قواعد خاصة تنطبق على هذه المسئولية الخاصة ؟ .

أليس فى القول بجواز الخيرة هدم لقواعد هذه المسئولية العقدية على النحو الذى يقول به هؤلاء ؟ وألا يؤدى هذا القول فى مبدأ جواز الخبرة إلى هدم التفرقة التى يجب أن تقوم بين المسئولتين ؟ .

وإذا أردنا أن نحتاط ونأخذ المسألة بمزيد من الدقة ينبغى لنا أن نلقى من الوضوح نوراً قد يكون كاشفاً لما فى هذه المسألة من عماء وغموض . وقد يؤدى بنا هذا إلى تقريب وجهتى النظر المختلفتين من الناحية العملية .

إذا أدرك الباحث كيفية منشأ المسئولية العقدية والشروط الواجبة

لقيامها ، ومتى يمكن أن تطرد من النزاع فلا تطبق قواعدها ، أمكن أن يصدر الحكم فقها وقضاء خالصا مما يشوبه من اختلاط وخلف وإحالة .

تقوم المسئولية العقدية عند ما يرتكب أحد المتعاقدين خطأ ينشأ عن نفس عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى سواء أكان ذلك بعدم التنفيذ إطلاقا أم بسوء هذا التنفيذ . المهم إذن أنه إذا كان الضرر الذى قد يصيب أحد أطراف العقد ناتجاً من نفس عدم التنفيذ أى من الإخلال بالتزام تعاقدى صرف أمكن القول فى هذه الحالة فقط بقيام المسئولية العقدية (١) . وإذن ففى كل الأحوال التى لا يكون الضرر فيها ناشئاً من عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى لا يمكن القول بقيام المسئولية العقدية .

فليس من الضرورى قيام المسئولية العقدية فى كل الأحوال التى يوجد فيها عقد صحيح نافذ بين أطرف الدعوى . إذ لو كان الفعل الذى أدى إلى الضرر غير ذى علاقة على الإطلاق بالعقد فليس من المقبول ولا المعقول أن تثار مسألة المسئولية العقدية .

وعلى الجملة فإن الدعوى العقدية يمكن أن ترفض فى كل الأحوال التى لا يوجد بين الفعل الذى أدى إلى الضرر وبين تنفيذ الالتزام إلا رابطة

---

(١) وقد أثيرت هذه المشكلة أمام القضاء الإيطالى فى قضية شهيرة ومعروفة بقضية Vatali el Alvisi خلاصتها أن دعوى تعويض رفعت من قبل ورثة السيدة "Alvisi" على الدكتور "Vatali" مدير مستشفى خاص حيث كانت هذه السيدة تعالج من مرض ضعف الأعصاب الحاد . وقد بنيت الدعوى على أساس أن الممرضة التى أقيمت خاصة لخدمة المريضة قد أهملت القيام بواجبها بتركها المريضة لوحدها وإلى جانبها شمعداناً مضيئاً فأمسكت المريضة به وأدى هذا إلى احتراقها . قررت المحكمة « بولون » حق المدعين فى التعويض عن الضرر المادى الذى أصابهم . وأمام محكمة استئناف بولون اجتهد المدير فى إثبات مسئوليته العقدية لا التقصيرية فلم تأخذ المحكمة برأيه وقالت بجواز الخيرة ٠ غير أن هذا الحكم قد نقض من قبل محكمة النقض الإيطالية فى ١٩٠٩/٤/١٥ على أساس أن فعلا واحدا (كما تقول المحكمة) يمكن أن يكون محلا لقيام المسئوليتين ، ولكن هذا الفعل لا يمكن أن يكون المسئولية التقصيرية إلا إذا كان الالتزام بالامتناع عن الإضرار بالغير قد فرض بقوة القانون ويوجد مستقلا عن كل علاقة أخرى مهما كانت . وكان يجب لتحقيق هذا فى هذه القضية أن توجد أفعال غير التى جاءت فى صلب الدعوى . ولما كانت هذه الوقائع المذكورة قد نشأت مخالفة الالتزامات تعاقدية صرفة فإن المحكمة قد قررت نقض الحكم (فان رين ص ٢٦١ و ٢٦٢ و ٢٦٣) .

مصادفة صرفة . أو عند ما يكون عدم التنفيذ عند تحققه ليس إلا صدفة أو سبباً مناسباً أو ظرفا — كما يقول الأصوليون — للضرر الذى حدث . فإذا ألقى عامل من عمال حفر نفق بإهمال سيجارة مشتعلة دون أن يطفئها جيداً وسبب بفعله هذا حريقا ، فإنه ليبدو من الصعب أن يعطى لرب العمل قبل هذا العامل دعوى على أساس عقد العمل ذاته (١).

إذا وضحت هذه الحقيقة طردنا من النزاع أحوالا تختلط فيها الأوضاع القانونية بعضها ببعض ، وتبقى مواجهة المشكلة سهلة يسيرة . .

فإذا ما اجتمعت شروط المسئوليتين تماما فى قضية بعينها فما هو الحكم ؟ هذا هو مثار الخلاف .

يذهب أنصار الخيرة إلى جوازها فيما عدا الأحوال الآتية :

١ — إذا كان الإخلال الذى سبب الضرر عبارة عن إخلال بالتزام تعاقدى صرف . فهنا ليس أمام الدائن سوى قواعد المسئولية العقدية .

٣ — إذا كان المتعاقدان قد أسقطا باتفاقهما الشروط الضرورية اللازمة لتطبيق قواعد المسئولية التقصيرية . فإذا اتفق المتعاقدان على أن تابع أحدهما يصبح تحت رقابة الآخر ويصير تابعاً له ، فلا يمكن للمتبوع الجديد إذا أصابه ضرر من فعل التابع أن يرجع على المتبوع الأول طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية بحجة أن التابع تابعه هو طالما أن المصاب أصبح بحكم العقد هو المتبوع الجديد للتابع (٢) .

٣ — ويقضى الاستثناء الثالث بأنه يمكن استبعاد تطبيق قواعد المسئولية

---

(١) راجع « فان رين » ص ٢٧١ وقد ثار النزاع فيما يتعلق بالأضرار التى تحصل بمناسبة العقد ، وذهب « ديموج » جـ ٥ نبذة ١٢٤٣ ص ٥٥٠ إلى القول بقيام المسئولية العقدية ، وأيد رأيه بحجج عديدة ردت عليه جميعاً . وخلص الرأى الراجح إلى أن الأحوال التى تسبب الضرر فى أثناء تنفيذ الالتزام التعاقدى ولا علاقة لها بهذا التنفيذ تعتبر أفعالا تقصيرية . راجع فان رين المرجع المذكور أعلاه فى نفس الصفحة وراجع أيضاً ستيفانى : دروس فى المسئولية التقصيرية ، المرجع المشار إليه سالفاً ص ٦١ . وفان رين : ص ٢٦٦ وما بعدها نبذة ٢٠٤ وما بعدها .

(٢) وقد حكمت بذلك محكمة النقض المصرية فقررت : أنه إذا كان الثابت بموجب عقد الإيجار أن المركب المؤجر تكون فى رعاية رجال المؤجر نفسه لا فى رعاية المستأجر وأن رجال المؤجر =

التقصيرية بين المتعاقدين وذلك حسب إرادتهما . إذ يمكن للطرفين المتعاقدين أن يسقطا أو يغيرا بإرادتهما قواعد المسئولية التقصيرية التى لا تمس النظام العام .

على أنه يشترط لصحة استبعاد تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية أن تكون إرادة الطرفين قاطعة فى ذلك . فلا يجوز افتراض استبعاد هذه القواعد . أن إرادة استبعاد قواعد المسئواية لا يمكن أن تتحقق إلا من عدم التطابق الظاهر بين شروط العقد وبين تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية .

ويمكن أن يحصل استبعاد تطبيق قواعد المسئولية التقصيريه بين المتعاقدين بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة . بواسطة نص صريح يمكن للمتعاقدين تجنب تطبيق قواعد المسئولية التقصيريه . وهذا الاتفاق صحيح ما لم يرمى إلى إعفاء أحد المتعاقدين من نتائج غشه أو خطئه الجسيم أو إلى إسقاط التزاماته التى تتعلق بالنظام العام . ويمكن معرفة قبول استبعاد تطبيق قواعد المسئولية التقصيريه ضمنا من سلوك المصاب مثلا بقبوله تحمل مخاطرة ما فى العقد تكون لها نتائج تقصيرية .

ويمكن اسقاط تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية بين المتعاقدين بصورة غير مباشرة وذلك فيما لو حدد المتعاقدان التزاماتهم تحديداً دقيقاً ، وبذلك تتحدد الالتزامات التقصيرية فى نفس الوقت . فإذا ما اشترط البائع عدم تحمله لضمان الإستحقاق ، فإن هذا يعفيه من عبء المسئولية العقدية والتقصيرية معاً . وإذا كان الوديع فى الوديعة متبرعا فإنه لا يسأل إلا بأن يبذل من العناية بالوديعة ما يبذله بأمواله الخاصة ، فإذا تسبب من إهماله اليسير هلاك الوديعة فإنه لا يسأل عنه لا على أساس المسئولية العقدية ولا على أساس المسئولية التقصيرية .

كذلك يمكن استبعاد تطبيق قواعد المسئولية العقدية بصورة غير مباشرة بواسطة شروط الاعفاء فإذا اشترط الناقل عدم مسئوليته عن التأخير فإن

= هم الذين عليهم دون المستأجر تنبيه المؤجر إلى ما يطرأ على المركب من خلل فهذا وحده يكفى لأن يقام عليه القضاء بعدم مسئولية المستأجر عن غرق هذه المركب متى كان عقد الإيجار هذا قد أعفى المستأجر من العناية بالمركب . فلا سبيل الاحتجاج عليه بنص المادة ٢٧٦ من القانون المدنى .
(نقض مدني قضية رقم ١٠٨ سنة ١٥ مجموعة محمود عمر ج ٥ ص ٢٤٦ رقم ١٠٨)

المرسل لا يستطيع مقاضاته لا على أساس العقد ولا على أساس التقصير .

غير أنه تجب ملاحظة أنه إذا استطاعت شروط الاعطاء أن تستبعد تطبيق قواعد المسئوليه التقصيرية فإن هذا لا يشمل إلا الإلتزامات التى تختلط فيها المسئولية . أى الالتزامات التى يكون الاخلال فيها إخلالا تعاقديا وتقصيرياً فى نفس الوقت . أما الإلتزامات التى تنفصل عن نطاق العقد ويكون الاخلال فيها إخلالا تقصيرياً ولا علاقة لها بالعقد نفسه فلا يمكن استبعادها[١] .

وفى الجانب الآخر يقدم قسم من أنصار عدم جواز الخيرة الاستثناءات الآتية :

١ — يجوز للمتعاقد أن يرجع إلى أى القواعد التى يشاء إذا ما سبب الإخلال بالالتزام التعاقدى جريمة جنائية[٢] .

٢ — يجوز للمتعاقد أن يرجع إلى قواعد المسئولية التقصيرية إذا كان سبب الإخلال بالإلتزام التعاقدى ناشئاً عن الغش أو الخطأ الجسيم للمتعاقد الآخر[٣] .

ومن هنا يظهر جيداً كيف أن الخلاف قد بدأ يضيق ، من الناحية العملية ، بين أنصار مبدأ الخيرة وبين قسم من أنصار نظرية عدم جوازها . وقبل أن نعرض رأينا فى هذه المشكلة نحب أن نلقى مزيداً من النور على هذه المشكلة بما عرضه أستاذنا ستيفانى عن هذه المسألة . ويطرح الأستاذ ثلاثة أسئلة تقوم بهذه المهمة وهى :

١ — هل تنفصل المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية إحداهما عن الأخرى .

٢ — هل أن إرادة الطرفين المشتركة يمكن أن تحل المسئولية الأولى محل المسئولية الثانية .

٣ — عند غياب هذه الإرادة المشتركة للمتعاقدين هل يمكن أن تحل المسئولية التقصيرية محل المسئولية العقدية .

---

(١) راجع فى كل هذا ستيفانى مذكرته فى نظرية الخيرة ص ٣١ وما بعدها .

(٢) لابيه Labbé تعليق فى سيرى ١٨٨٦ — ١ — ١ وأوبرى ورو ج ٦ ص ٣٧١

(٣) ديموج تعليق فى سيرى ١٩٢٥ — ١ — ١ — ١٠٥ ولالو — المطول فى المسئولية المرجع السالف الذكر نبذة ٢٠٢ و ٢٧١

ونحن نجيب — كما يذهب إلى ذلك أستاذنا أيضاً — على السؤال الأول بالإيجاب ونرى أننا قد برهنا بما فيه الكفاية على ما نقول على الأقل من ناحية وجود الفروق الثانوية التى أثبتها المشرع المصرى والمشرع الفرنسى بين هذين الوضعين من أوضاع المسئولية .

وفيما يتعلق بالسؤال الثانى لا جدال فى أنه بمقدور الطرفين المتعاقدين أن يتفقا على الرجوع إلى قواعد المسئولية التقصيرية دون قواعد المسئولية العقدية إلا فيما يعارض قواعد النظام العام كالاتفاق على إطالة مدة التقادم مثلا .

أما جوهر النزاع فيثيره السؤال الثالث . ونحن نقطع بأنه فى حالة سكوت المتعاقدين عن الاختيار بين قواعد الالتزام التعاقدى وبين قواعد الالتزام التقصيرى لا يمكن أن يلجأ الدائن إلى غير قواعد العقد نفسه والقول بغير ذلك يؤدى إلى نفى قواعد العقد ويؤدى بالتالى إلى إشاعة الاضطراب فى تطبيق القواعد القانونية .

ويجب كذلك أن يقتصر على تطبيق أحكام العقد حتى فى حالة ما إذا كون الاخلال بالالتزام التعاقدى جريمة جنائية . إن الجريمة الجنائية حكمها حكم التقصير فى القانون المدنى . وليس هناك من فرق بين الجريمة العمد وبين الجريمة الناتجة عن خطأ أو إهمال، فأى سلطان لأحكام قانون العقوبات فى تغيير قواعد المسئولية العقدية إلى قواعد المسئولية التقصيرية ؟

ويجب أن يؤخذ بمبدأ عدم جواز الخيرة أيضاً حتى فى حالات ارتكاب المدين للغش أو للخطأ الجسيم . وعلى الرغم من أن المشرع يساوى فى الحكم بين آثار المسئولية جميعاً فيما يتعلق باستحقاق التعويض عن الأضرار غير المتوقعة فى هذه الحالة . ذلك أننا لا نزال أمام وضع من أوضاع عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى، ولا يزال للعقد حكمه وسلطانه ، ولا يغير من طبيعة المسئولية كون أن المدين إنما يرتكب الغش أو الخطأ الجسيم ، وكون أن المشرع يسوى فى الحكم بين آثار المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية فى هذا الخصوص . وقد ذهب إلى هذا الرأى ودافع عنه الأستاذان مازو فى كتابهما المطول فى المسئولية دفاعا مجيداً[1].

---

(١) مازو — المرجع المشار إليه ج ٣ ط ١٩٥٠ نبذة ٢٣٧٥
وهترى مازو دروس على طلبة دكتوراه حقوق باريس سنة ١٩٤٦—١٩٤٧ ص ١٣٥ وما بعدها

ويميل الفقهاء فى مصر إلى نظرية عدم جواز الخيرة[١] وإن كان بعضهم يجيزها فى حالات التدليس والخطأ الجسيم . ويذهب الأستاذ السنهورى إلى جوازها فى حالة ما إذا كان الإخلال الذى أدى إلى الضرر يكون فى نفس الوقت إخلالا بالتزام تعاقدى وبالتزام قانونى معاً . وقد بينا سابقاً أن هذا هو الوضع الوحيد الذى يمكن أن تثار فيه مشكلة الخيرة . وبذا يتبين أن الأستاذ السنهورى يبدأ كمعارض لمبدأ الخيرة وينتهى إلى مؤيد لها ! اللهم إلا إذا قصد من عبارته أنه لا يجيز الخيرة فى حالة واحدة هى حالة الإخلال بالالتزام التعاقدى الذى يكون فى وقت واحد فعلا تقصيرياً[٢] !!

أما القضاء فقد انقسم فى فرنسا كما أشرنا إلى ذلك غير مرة . إلا أن اتجاه المحاكم ، كما يبدو ذلك على الخصوص فى قضاء محكمة النقض ، قد أخذ يميل إلى تأييد مبدأ عدم جواز الخيرة المطلق . وقد حكمت محكمة النقض المدنية منذ ٦ أبريل ١٩٢٧[٣] بأن : المواد ١٣٨٢ وما بعدها لا يمكن أن تنطبق فى حالات الأخطاء الناشئة من عدم تنفيذ الالتزام الناتج عن عقد .

وقد استمرت المحكمة فى تقوية هذا الاتجاه فقررت فى ٦ مايو ١٩٤٦[٤] أنه : فى العلاقات بين الطرفين المتعاقدين لا يمكن للمواد ١٣٨٢ وما بعدها أن تنطبق — من حيث المبدأ — ولا يمكن لهذه المواد أن تنظم قواعد المسئولية عن الخطأ الناشىء من تنفيذ التزام ناتج عن العقد .

وهذا ما ذهبت إليه أيضاً محكمة النقض فى دائرة العرائض فى حكمها الصادر فى ٢٨ يونية ١٩٣٨[٥] .

ومن المهم جداً أن نلاحظ أن قضاء محكمة النقض الفرنسية قد أخذ فى تقرير هذه النظرية حتى فى حالة الغش (التدليس)[٦] .

---

(١) سليمان مرقص فى الفعل الضار ص ١٧

(٢) راجع الوسيط : ص ٧٥٩ وما بعدها .

(٣) سيرى ١٩٢٧ — ١ — ٢٠١

(٤) جازيت دى باليه ١٩٤٦ — ١ — ٢٥٤

(٥) جازيت دى باليه ١٩٣٨ — ٢ — ٦١٣ . بالإضافة إلى الأحكام العديدة التى أصدرتها مختلف المحاكم فى هذا الموضوع .

(٦) نقض مدنى ٢٣ يونيه ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٦ — ٢ — ٣٥٣

مع ملاحظة أن القضاء الفرنسى كثيراً ما كان يتجاوز عن المنطق القانونى ويقرر تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية فى حالة الإخلال بالتزام تعاقدى إذا ما رأى أن ذلك أجدى على المتضرر وأعدل . من ذلك ما حكمت به محكمة استئناف باريس فى ١٩١٩/١/٢ على سيد ترك خادمه فى منطقة الأعداء فناله الضرر ، مع أنه كان بإمكان السيد أن يأخذ خادمه معه فى أثناء رحيله . وقد كان من الواجب فى منطق القانون أن تحكم المحكمة طبقاً لقواعد المسئولية العقدية استناداً إلى عقد العمل بين الطرفين ، ولكن المحكمة طبقت قواعد المسئولية التقصيرية حتى يزداد مقدار التعويض الذى يصيب الخادم عن الأضرار غير المتوقعة[١] .

أما القضاء المصرى فإنه قد انقسم كذلك . فالمحاكم هنا على اختلاف : بعضها يميل إلى مبدأ الخيرة ، وبعضها الآخر يميل إلى الرأى المعارض[٢] .

الفرع الثانى

وضع المشكلة فى القانون الألمانى وفى القانون السويسرى

لقد قلنا فيما سلف فى مقدمة هذا الفصل : إن الفقه والقضاء يسلم فى ألمانيا وسويسرا بمبدأ جواز الخيرة[٣] . ويبدو لنا أن هذا القول ، قد يخالف المنطق القانونى فى هذه البلاد وذلك لقيام مبدأ التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية فى ذينك التشريعين أيضاً ، ولكن هذا المذهب قليل الحظ من الخطورة — كما يبدو — وذلك على الأقل من الناحية العملية . حيث أن من أهم الأسباب التى قد تدفع الدائن إلى الرجوع لقواعد المسئولية التقصيرية فى القانون المصرى والقانون الفرنسى أوالقانون البلجيكى، هو رغبته فى الحصول على التعويض عن الأضرار غير المتوقعة ، ولتفادى

---

(١) الحكم وارد فى الباسكريزى ١٩٢١ — ٢ — ١٧٣ ومشار إليه فى فان رين ص ٢٧٢

(٢) راجع فى تفصيل ذلك الوسيط ص ٧٦٠ وما بعدها .

(٣) ستيفانى المرجع المشار إليه سالفاً ص ٣٤ وهنرى مازو المرجع السالف الذكر ص ١٣٤

أعذار المدين لعدم الحاجة إليه إذا ما أراد — الدائن — أن يتمسك بقواعد المسئولية التقصيرية .

غير أن الوضع ليختلف اختلافاً ظاهراً عن ذلك فى كل من القانونين الألمانى والسويسرى . فقد تساوت أحكام التعويض عن الضرر فى كلا الوضعين من أوضاع المسئولية . فيسأل المدين فى القانونين وفى كلا الوضعين عن الأضرار المباشرة جميعاً سواء كانت متوقعة أم غير متوقعة . كما أن مشرعى القانونين الألمانى والسويسرى قد أتيا بتسهيلات كبيرة فيما يتعلق باشتراط الأعذار[١] . ومن هنا ندرك ألا أهمية عملية تقريباً لهذا النزاع حول مبدأ الخيرة فى كل من القانونين الألمانى والسويسرى[٢] .

الفرع الثالث

وضع مشكلة الخيرة فى المسئولية عن فعل الغير

وإذا كانت مشكلة الخيرة لا تثير من كبير أهمية ، من الناحية العملية ، فيما يتعلق بالمسئولية عن الفعل الشخصى فى كل من القانونين الألمانى والسويسرى فإنها قد تنعدم فيما يتعلق بالمسئولية عن فعل الغير .

إن مسئولية المدين العقدية عن فعل غيره أشد عليه كثيراً من مسئوليته التقصيرية عن أفعال تابع من أتباعه . مصداق هذا القول يظهر فى ناحيتين :

(الأولى) فيما يتعلق بالأشخاص الذين يسأل عنهم المدين .

(الثانية) فيما يتعلق بشروط المسئولية عن فعل الغير .

ففيما يتصل بالحالة الأولى تقوم مسئولية المدين العقدية فى كل من القانونين المذكورين — وهذا هو المبدأ العام فى جميع القوانين المقارنة — عن فعل أشخاص قد لا يسأل المدين عن فعلهم مسئولية تقصيرية ، كمسئولية الزوج

---

(١) راجع المادة ٢٨٤ وما بعدها من القانون الألمانى والمادة ١١٢ وما بعدها من قانون الالتزامات السويسرى .

(٢) كل هذا بفرض خلو العقد من شرط الإعفاء من المسئولية . أما إذا وصلنا إلى هذه المسألة فإن ثغرة خطيرة تنفتح على القول بعدم قيام الأهمية العملية لمشكلة الخيرة فى ألمانيا وسويسرا . وسنعرض إلى هذه المسألة فيما بعد .

عن زوجته مثلا أو مسئولية المستأجر عن أفعال ضيوفه . فمسئولية المدين العقدية عن فعل الغير أوسع بكثير من المسئولية المتبوع من فعل التابع ، وسنطيل بحث هذه المسألة فى موضعها من الرسالة[١].

وفيما يتصل بالحالة الثانية يشترط القانونان الألمانى والسويسرى — على خلاف التشريعات الأخرى ، شروطاً فى المسئولية التقصيرية عن فعل الغير أخف مما يشترطانه فى المسئولية العقدية عن فعل الغير . إذ بينما يسمح القانونان بإمكان التخلص من المسئولية التقصيرية بإثبات نفى خطأ المتبوع الشخصى ، لايسمحان للمدين بإثبات نفى الخطأ عن نفسه لكى يتخلص من مسئوليته العقدية عن فعل الغير كما سبق أن أشرنا إلى ذلك[٢].

ومن هنا لا نستطيع أن نلمح وجهاً من أوجه الفائدة فى رجوع الدائن إلى قواعد المسئولية التقصيرية فيما لو توافرت شروط المسئولية العقدية عن فعل الغير طبقاً للقانونين الألمانى والسويسرى . وإذا كانت هناك بعض الفائدة فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر غير المتوقع الذى يمكن أن يسوق الدائن إلى الرجوع لقواعد المسئولية التقصيرية فى فرنسا وفى مصر . فقد قلنا : بأن هذه المسألة قد انحلت فى القانونين الألمانى والسويسرى بتساوى الوضعين فى أحكام التعويض .

غير أنه على الرغم من كل هذا فلم يعدم فى ألمانيا وسويسرا من يقول بجواز الخيرة . فيرى (Oertmann) « أن قاعدة المسئولية التقصيرية المقامة على أساس المادة (٨٣١) من القانون الألمانى هى القاعدة العامة وما جاء فى المادة (٢٧٨) من هذا القانون هو الاستثناء[٣] .

ويرى (Endemenn) على العكس أن المادة (٨٣١) هى التى جاءت كاستثناء ورد على نص المادة (٢٧٨) .

ولكن الراجح هو ما ذهب إليه فون ليست « Von Liszt » بحق وهو أن المادة ٨٣١ تخرج من نطاق التطبيق عندما توجد بين الطرفين علاقة سابقة ،

---

(١) راجع الباب الثالث من الكتاب الرابع .

(٢) راجع المادتان ٨٣١ فى القانون الألمانى و ٥٥ من قانون الالتزامات السويسرى .

(٣) مشار إليه فى ديموج ج ٥ ص ١٥٨ نبذة ٩٤٨

وأنه لا يمكن لغير المادة (٢٧٧) أن تحل النزاع[١].

ويقول سالى « أن الذهاب إلى وجوب القول بجواز الخيره مردود لأنه ليس فى الوضع التعاقدى إلا نوع واحد من المسئولية هو المسئولية العقدية[٢].

ونخلص من كل ما كتبناه إلى أنه إذا نظرنا ، من الزواية النظرية ، إلى المسئولية العقدية عن فعل الغير باعتبارها فرعاً من المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى ، وإلى المسئولية التقصيرية عن فعل الغير باعتبارها فرعاً من المسئولية التقصيرية على العموم ، لأمكننا القول ، طبقاً لما رأيناه فى الراجح من مبدأ عدم جواز الخيرة ، بأن الدائن لا يستطيع أن يلجأ إلى قواعد المسئولية التقصيرية عن فعل الغير متجاوزاً بذلك قواعد المسئولية العقديه . إذ أن حكم المسئولية عن فعل الغير يجب أن يؤخذ من حكم القاعدة العامة فى المسئولية .

ولذلك لو وجدنا أمام وضع من الأوضاع اجتمعت فيه شروط المسئوليتين فأصبح نفس الشخص مدينا طبقاً للمسئولية العقدية ومتبوعاً بالنسبة للمسئولية التقصيرية ، ووأثير السؤال فى هل أن باستطاعة الدائن أن يلجأ إلى نصوص المسئولية التقصيرية عن فعل الغير لكان جوابنا بالنفى ، فليس من سبيل أمام الدائن إلا مقاضاة المدين على أساس من المسئولية العقدية عن فعل الغير .

فاذا أتلف التابع الشىء المودع عند متبوعه مثلا فإنه لا يمكن تطبيق حكم المواد (١٣٨٤/١٧٤ — ٥٥/٨٣١) بل يجب تطبيق القواعد الخاصة بعقد الوديعة[٣].

وهذا يظهر بوضوح من أن الشارع قد أورد نصوصاً خاصة تحكم المسئولية العقدية عن فعل الغير وهى تختلف عن تلك التى أوردها لتحكم المسئولية التقصيرية عن فعل الغير[٤].

---

(١) مشار إليه فى ديموج المرجع السابق ونفس المكان .

(٢) سالى : المرجع السالف الذكر ص ٤٣٣ — ٣٤٤

(٣) لالو : المطول فى المسئولية ص ٦٣٨ نبذة ١١٠٣

(٤) أما فى القانون الإنجليزى ومع اعتبار أن مجال L'Etendue المسئولية واحد فى كل من الـ "tort" والـ Breache of Contracte فإنه يعترف مع ذلك بوجود الاختلاف بين المسئوليتين (راجع جيرار ، المرجع السالف الذكر ص ٤٣٩ وما بعدها وسير فردريك بولوك ط ٨ ص ٥٧ ، ١٨١ ، ٤٠٤ ، ٥٣١

على أن أهم عائق يقف أمام كل ما قلناه فيما يتعلق بعدم خطورة مسلك الفقه والقضاء فى كل من ألمانيا وسويسرا فى القول بجواز الخيرة يتمثل عند وجود شروط الإعفاء من المسئولية عن الالتزامات العقدية .

لقد خلصنا إلى أنه من الواجب القول بعدم جواز الخيرة ، وعلى هذا الأساس يكون للشروط الخاصة بالإعفاء أثرها فى إعفاء المدين إعفاء كاملا من المسئولية . فما هو موقف الفقه والقضاء المقارنين من هذه المسألة الدقيقة ؟ هذا ما سنجيب عليه فى الفصل الآتى :

الفصل الثالث

شروط الاعفاء فى المسئولية عن فعل الغير

إن كلا من المسئوليتين العقدية والتقصيرية تتساويان فى الحكم من ناحية الاعفاء القانونى ، أى فيما يتعلق بالأسباب القانونية التى تدفع بها هذه المسئولية[1] فماهو الوضع بالنسبة لشروط الاعفاء التعاقدية . وماهى آثار أمثال هذه الشروط .

يمكن أن نتصور بسهولة أن ينص المدين فى العقد على اعفاءه من المسئولية وذلك فى حالات كثيرة وعلى الأخص فيما يتعلق بالمسئولية عن فعل الغير .

وكذلك يمكن أن نقدر أن الرجل الحريص قد يشترط اعفاءه من المسئولية التقصيرية مع جاره فى الزراعة أو جارة فى المسكن ، وذلك عن أفعاله الشخصية أو عن أفعال غيره ممن يسأل عنهم[2] فما هى آثار مثل هذه الاتفاقات ؟

إن من أهم الفروق التى تميز فى الآثار بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية تتصل بمسائل اتفاقات الاعفاء من المسئولية .

ومن المعلوم أن اشتراطات تشديد مسئولية المدين معترف بها قانوناً ولا غبار على سريان أثرها ضد المدين . ومن الميسور كذلك ملاحظة تساوى الوضعين من أوضاع المسئولية فى هذا الحكم . فما من بأس فى أن يشدد على فاعل الضرر فى مسئوليته . يستوى فى ذلك إذن حال المسئولية العقديةوحال المسئولية التقصيرية .

على أنه إذا أريد التخفيف عن المدين أو رغب فى اعفاءه من المسئولية إعفاءاً كاملا فهنا تثور مشكلة شروط الاعفاء وضرورة دراستها .

وفى الحق أن المسألة تتلاقفها اعتبارات متشابكة عديدة تتضارب فيها المعطيات العقلية Les Données Rationelles . إذ أن إجازة اشتراط الاعفاء

---

(١) ستيفانى : دروس فى المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية المرجع المشار إليه سالفاً ص ٣٢٧

(٢) قارن الوسيط ص ٩٧٨ وستيفانى ص ٣٦٥

قد يسهل ارتكاب الأخطاء ، فى حين أن عدم إجازته قد يؤدى إلى تعطيل حركة التعامل [١].

ويذهب « سالى » إلى جواز الاشتراط كما هو الراجح فى الفقه والقضاء ويقول : « يجب أن نقرر كما فعلت القوانين الحديثة ، صحة اشتراطات شروط الاعفاء ، وأن الاستثناءات التى قد ترد مقيدة لهذا المبدأ ، يلزم أن تفرض بواسطة القانون وحده ، وأن تكون مبنية على أسباب تتعلق بالمصلحة العامة [٢].

وإلى هذا يذهب « رينو » أيضاً ، مؤسساً رأيه على النظرية التى ذهب إليها فى الأساس القانونى للمسئولية العقدية عن فعل الغير وهى نظرية الضمان الضمنى . وعنده إذا كان الأصل فى المسئولية العقديه عن فعل الغير إنها تقوم على الضمان الضمنى ، فلا مانع يمنع المتعاقد من أن يطرح عن كاهله هذا العبء بشرط صريح هو شرط الاعفاء [٣].

وإذا كان الحق ما ذهبنا إليه من أن الضمان القانونى هو الذى يفرض مسئولية المتعاقد عن أفعال الغير ، فمن الجائز أن يتخلص المدين من هذا الضمان بشرط الاعفاء ما دام هذا الاشتراط لا يمس قواعد النظام العام .

غير أنه يلزم بادىء ذى بدء أن نميز بين اشتراطات الاعفاء التى تشترط بعد حصول الضرر لأحد الأطراف وبين تلك التى تحصل قبل وقوعه ، ولا جدال فى صحة الاشتراطات التى هى من النوع الأول [٤].

ويلزم كذلك إدراك الفرق بين اشتراطات الإعفاء والتأمين عن المسئولية [٥].

وتجب التفرقة كذلك بين عدم التعهد وبين الاعفاء من المسئولية فى حالة عدم التنفيذ وأن الوضعين ليختلفان تماماً ، فاشتراط عدم الالتزام فى عقد

---

(١) قارن ديموج جـ ٥ ص ٤٢٩

(٢) « سالى » المرجع المشار إليه سابقاً ص ١٤

(٣) انظر رينو المرجع المشار إليه سالفا ص ٩٦

(٤) مازو جـ ٣ ط ٤ ص ٦٧٨ نبذة ٢٥١٥

(٥) فى اشتراطات الإعفاء لا ينال الدائن أى تعويض عندحصول الضرر بعكس الحال فى التأمين عن المسئولية إذ أنه ينال التعويض الواجب وكل ما هنالك أن يختلف شخص المسئول . مازو المرجع المشار إليه أعلاه .

من العقود قد يؤدى به إلى تغيير فى طبيعته القانونية . كما لو كان قد اشترط فى عقد البيع عدم دفع المشترى الثمن فينقلب إلى هبة ، أوقد يؤدى إلى بطلانه كما إذا اشترط فى هذا العقد عدم تسليم المبيع أو أن يسلم البائع المبيع متى أراد[١] . اما اشتراط الاعفاء فينصب على أنه إذا حدث أثناء تنفيذ الالتزام — تنفيذ التسليم فى المثال السابق — ما يعوق هذا التنفيذ بفعل الدائن كخطئه البسيط ، أو بفعل شخص آخر غيره . فهنا تثور مشكلة شروط الاعفاء ومدى صحتها ، ويثور البحث فى آثار هذه الشروط .

ومما يلزم ملاحظته أيضا أن حد التفرقة قد يدق بين تحديد التزامات المدين وبين شرط الإعفاء ، ويقول «فان رين» أن هذه التفرقة نظرية . وهو يستند فى هذا إلى حكم محكمة النقض البلجيكية فى قضية رفعت على الحكومة التى تعهدت بنقل منتجات كميائية إلا إنها اشترطت عدم مسئوليتها عن تلف تلك المنتجات . فقالت المحكمة أن هذا الشرط يؤدى فى الواقع إلى تحديد التزامات المدين[٢] . ومهما يكن من أمر فما لا شك فيه أن هناك فارقا ولو فارقا دقيقا بين كلا الوضعين : بين تحديد التزامات المدين وبين اشتراط الإعفاء وهو ينفذ هذة الالتزامات[٣] .

ما هو إذن حكم شروط الإعفاء وما هى آثارها القانونية[٤] ؟

يجرى التميز عادة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية فى هذا الشأن فيقال بجواز اشتراطات الإعفاء من المسئولية عن الخطأ الشخصى فى المسئولية العقدية دون المسئولية التقصيرية . غير أن الأمر يحتاج إلى تفصيل لبيان مدى التطور الذى أصاب الفكر القانونى فى هذه الناحية ، وإلى معرفة كيفية معالجة التشريعات المختلفة لهذه المسألة .

---

(١) قال مازو المرجع السالف الذكر نبذة ٢٢١٤

(٢) نقض بلجيكى ١٨٧٧/١٠/٢٦ الباسكريزى ١٨٧٧ — ١ — ٤٠٦ وفان رين ص ٣١٧ نبذة ٢٣٥

(٣) فالوديع قد يشترط فى عقد الوديعة ألا يلتزم بالحفظ وهذا غير اشتراطه أنه يلتزم بالحفظ ولكنه لا يسأل عن الهلاك بخطئه الجسيم أو بغشه .

(٤) راجع فى تفصيل ذلك مازو نبذة ٢٢١٤ م وما بعدها .

لم يرد فى القانون الفرنسى نص صريح يقضى بقاعدة عامة فى جواز اشتراطات الإعفاء من المسئولية . وكل ما جاء به هـذا القانون هو نصوص متفرقة متناقضة بعضها يجيز اشتراطات الإعفاء من المسئولية فى بعض العقود وبعضها يمنع الاتفاقات الخاصة بالإعفاء ويلغى أثرها من العقد ، هذا ما لم يبطل العقد كله إذا ثبت أن شرط الإعفاء هو الدافع الباعث على التعاقد .

فمن النصوص التى أجازت اشتراطات الإعفاء من المسئولية المادة (١٦٢٧) فى ضمان الاستحقاق فى البيع والمادة (٩٨) من القانون التجارى وكذلك المواد (٤٢ ، ٤٨) من قانون الطيران لسنة ١٩٢٤ . وبهـذا فقد تركت مهمة بناء نظريه فى مسألة شروط الإعفاء إلى رجال الفقه والقضاء .

وقد استقر القضاء الفرنسى على التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . فإذا كان من الجائز أن تصح الشروط فى بعض حالات المسئولية الأولى ، فإن القضاء الفرنسى كان يبطل كافة الشروط التى يمكن أن تلحق المسئولية الثانيـة . وفيما يتعلق بالحالة الأولى كان القضاء يجرى التمييز بين المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى وبين المسئولية العقدية عن فعل الغير فكان يجيز اتفاقات الإعفاء فى الحالة الثانية بصورة عامة .

وقد كان القضاء الفرنسى يميز أيضاً بين الأفعال التى تؤدى إلى الضرر . فكان يجيز شروط الإعفاء من المسئولية عن الخطأ البسيط الذى يصيب المـال لا النفس وكان يقضى ببطلان الشروط التى تعفى المدين من مسئوليته عن العمد أو عن خطئه الجسيم .

وفى الأحوال التى كان القضاء يقضى فيها بصحة اشتراطات الإعفاء لم يجعل لها من أثر إلا فى أنها تنقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين . وبعبارة أخرى كان القضاء يذهب إلى جواز اجتماع المسئوليتين العقدية والتقصيرية معا ، وكان يبيح للمتضرر ، وقد حرم من المسئولية الأولى بشرط الإعفاء ، أن يرجع إلى قواعد المسئولية الثانية إذا أقام الدليل على خطأ المدين المتعاقد .

وكان الفقهاء بين مؤيد لمسلك القضاء الفرنسى وبين معارض له فى بعض نتائجه . فذهب بعضهم أولا إلى جواز اشتراطات الإعفاء حتى فى المسئولية

التقصيرية إذا كان الضرر ناتجاً عن الخطأ البسيط ولم يمس شخص المصاب بل أصاب أمواله .

ورأى بعض الشراح — بحق — أن المنطق القانونى السليم يلزم القضاء بأن يحكم بسريان آثار شروط الإعفاء كاملة ، والتالى يجب أن تؤدى إلى إعفاء المدين التام من المسئولية .

وكان القضاء البلجيكى — وهو يستلهم القواعد القانونية الفرنسية — يذهب إلى هذا فى جملة أحكامه .

وعلى العموم كان القضاء المصرى القديم يجرى على آثار القضاء الفرنسى وكان يؤيده فيما يذهب إليه من أحكام(١) .

وعندما شرع القانون الألمانى كان الرأى قد استقر على أنه ليس ما يمنع من جواز اشتراطات الإعفاء من المسئولية العقدية فنصت المادة (٢٧٦) من القانون المذكور على جواز اشتراطات الإعفاء عن المسئولية العقدية حتى عن الخطأ الجسيم . ولم يأخذ مشروع قانون الالتزامات السويسرى بهذا الحكم ، بل أنه قرر فى المادة (١٠٠) منه جواز اشتراطات الإعفاء من المسئولية عن الخطأ البسيط فحسب . وتبعه على هذا مشروع قانون الالتزامات البولونى فى المادة (٢٤٠) وكذلك القانون التونسى (م٢٤٤) وقانون الالتزامات المراكشى (م ٢٣٢) .

أما فى حالة المسئولية العقدية عن فعل الغير فقد اتفقت هذه القوانين على جواز وصحة اشتراطات الإعفاء حتى عن غش أو خطأ فاعل الضرر الجسيم . (م ٢٧٨) من القانون الألمانى و (١٠١) من القانون السويسرى .

وقد ترجم المشرع الجديد للقانون المدنى المصرى هذا التطور فى المادة (٢١٧) منه فنص على أنه :

---

(١) ومع هذا فقد حكمت محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٣٨/٣/٩ بأن شرط الإعفاء من المسئولية الذى يشترطه المؤجر عن السرقات التى تحدث فى الأماكن المؤجرة للمستأجرين هو شرط صحيح ويجب أن ينتج أثره : الجازيت ١٩٣٨ ص ٦٩ . وحكمت محكمة استئناف مصر فى ١٩٢٢/١/٣١ بأنه ليس المستأجر مسئولا عن التلف الحاصل لما هو مؤجر إليه إلا إذا أثبت المؤجر بأنه وقع بإهماله بأن كان من فعله أو فعل مستخدميه أو الساكن أو المستأجر من باطنه ما لم يوجد شرط يخالف ذلك ... الجريدة القضائية (١٩٢٣) رقم الحكم ٣٨

١ – يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة .

٢ – وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو عن الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه .

٣ – ويقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع .

ويلاحظ مازو وجوب عدم الذهاب إلى القول بجواز اشتراطات الاعفاء من المسئولية عن فعل الغير – الذين هم بحسب رأى الأستاذين مازو نواب المتعاقد – إلا عن أخطاءهم البسيطة اليسيرة طبقاً للقاعدة التى تقضى بأن فعل النائب هو فعل الأصيل . ويبدو أن هذا الرأى قد طرح جانبا فى التشريعات الحديثة كما هو ظاهر من النصوص المشار إليها أعلاه .

حدود شروط الاعفاء :

١ – من الثابت حسب النصوص المذكورة أن اشتراطات الاعفاء يجب أن تنتج عن اتفاق بين الأطراف المتعاقدة ، ولذلك فلا أثر للشروط التى تصدر عن الإرادة المنفردة . ولهذا فإنه من الواجب القول ببطلان شروط الإعفاء التى يعلن فيها أصحاب الفنادق عدم مسئوليتهم عن السرقة أو الضياع الذى يصيب أمتعة المسافرين .

٢ – يقرر القانون المصرى الجديد فى المادتين (٤٤٥ ، ٤٥٢) جواز اشتراط الاعفاء من ضمان الاستحقاق وضمان العيب . وتقرر المادة (٤٤٦) (م ١٦٢٨ ف) ونص المادة (٤٥٢ ف ٢) عدم جواز اشتراط الإعفاء عن الأفعال الشخصية .

٣ – طبقاً للمادة (١٤٩) من القانون المدنى المصرى الجديد يجوز للقاضى أن يبطل شرط الإعفاء إذا وجده مدروجا فى عقود الاذعان .

٤ — وطبقاً للمادة ١٢٩ يجوز للقاضى أن يبطل مفعول هذا الشرط على أساس الاستغلال أو عدم التعادل بين التزامات الطرفين .

آثار شروط الإعفاء :

طبقاً للرأى الراجح فى مصر وفرنسا من عدم جواز نظرية الخيرة . وطبقاً لما قدمناه من أدلة تؤيد هذا الرأى ، وطبقاً لمنطق الأشياء فى اشتراط الإعفاء ، يجب القول بأن شرط الإعفاء من المسئولية العقدية يلزم أن ينتج أثره الطبيعى وهو إعفاء المدين الكامل من المسئولية ولا يمكن للدائن أن يرجع بدعوى المسئولية التقصيرية لمقاضاة المدين .

وبعد ما قدمناه من القيود التى يمكن بموجبها موازنة المصالح الاقتصادية فى الاتفاقات القانونية ، لا يخشى على الدائن من نتيجة هذا الرأى ، ويفترض فى الدائن المتوسط الحرص أنه ما رضى بشرط الإعفاء مجاناً . بالعكس أن الفرض الأقرب إلى الواقع هو أن الدائن قد نال مقابلا برضائه عن هذا الشرط . أما فى أحوال عقود التبرع فلا ضرر ينال الدائن عند ما يشترط المدين عدم مسئوليته ، إذ المفروض أن المدين قد تبرع ، وهو يتبرع فى الحدود التى يرتضيها هو ، والدائن منتفع على كل حال .

ومن هنا ندرك أهمية التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية فى ناحية مهمة من نواحى العقد وهى مسألة شروط الإعفاء . ويتبين مدى خطورة القول بالأخذ بمبدأ جواز الخيرة أو الأخذ بمبدأ عدم جوازها على شروط الإعفاء من المسئولية . ولذلك يبقى التساؤل قائماً كيف يمكن أن يتخلص القضاء الألمانى والسويسرى من هذه المشكلة المهمة . فإن القول بجوار الخيرة يترتب عليه إلغاء آثار شروط الإعفاء فى بعض الأحوال ، على الأقل حيث تجتمع شروط المسئوليتين : العقدية والتقصيرية معاً .

الباب الرابع

الحدود الخارجية للمبدأ العام

فى المسئولية العقدية عن فعل الغير

تثير مسألة تحديد المجال الخارجى للمبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير أحد النقاش فى أوساط الفقه فى ألمانيا وسويسرا ومصر وفرنسا .

إن المفهوم الطبيعى هو فى وجوب اقتصار قيام المسئولية العقدية عن فعل الغير على وجود العقد ، ولا يلزم أن تثار هذه المسئولية إلا حيث ينشأ العقد قائماً ونافذاً بين الأطراف . إلا أن النزاع قد احتدم حول مشكلة تجاوز المسئولية العقدية عن فعل الغير إلى فترة تكوين العقد . فهل يجوز تطبيق قواعد المسئولية على هذه الفترة أم لا يجوز . وقد بحث فى هل يتصور تطبيق هذه القواعد أيضاً فى فترة انقضاء العقد ، عندما يتلاشى الالتزام التعاقدى . ولذلك سنعالج فيما يلى بحث هاتين المشكلتين .

وبالنظر للوضع الخاص الذى يحيط ببحث مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير فى فترة تكوين العقد فى كل من القانونين الألمانى والسويسرى يلزم فصل بحث هذه المشكلة فيهما عن بحثه فى القانونين المصرى والفرنسى .

وإذا كان الأمر كذلك فيقتضينا واجب البحث أن نكسر الكلام على فصلين :

الفصل الأول — المشكلة فى التشريع الألمانى والتشريع السويسرى .

الفصل الثانى — المشكلة فى القانون الفرنسى والمصرى .

الفصل الأول

المسئولية العقدية عن فعل الغير

فى فترة تكوين العقد وانتهاءه

فى التشريع الألمانى والتشريع السويسرى

نكسر الكلام فى هذا الفصل على فرعين . الأول للكلام عن المسئولية العقدية عن فعل الغير فى فترة تكوين العقد ، والفرع الثانى للكلام على المسئولية العقدية عن فعل الغير بعد انتهاء العقد .

الفرع الأول

المسئولية العقدية عن فعل الغير فى فترة تكوين العقد

لقد عرضنا إلى أن مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير فى فترة تكوين العقد تثير خلافا دقيقاً فى ألمانيا وسويسرا . حيث يبدو أن المشرع الألمانى والمشرع السويسرى قد أخذ كلاهما بنظرية « اهرينج Ihring » فى الخطأ عند تكوين العقد « La culpa in contrahendo » إضافة إلى النص العام فى التشريع الألمانى والسويسرى عن المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير .

تنص المادة (١٢٢) من القانون الألمانى على أنه إذا كان إعلان الإدارة باطلا وفقاً للمادة (١١٨) أو طعن فيه بالبطلان على أساس المادتين (١١٩) أو (١٢٠) فعلى من صدرت منه هذه الإرادة إذا كانت موجهة إلى شخص معين ، أن يعوض هذا الشخص . وإذا لم تكن موجهة لشخص ما ، أن يعوض أى شخص عن الضرر الذى أصابه لاعتقاده صحة الإرادة .

وتنص المادة (٣٠٧) من نفس القانون على تعويض الطرف المتضرر من عقد مستحيل التنفيذ[1] .

---

(١) راجع الوسيط : ص ٥٠٨ — ٥٠٩ نبذة ٣١٠

وتنص المادة (٢٦) من قانون الالتزامات السويسرى على أن : المتعاقد الذى يدعى بأنه قد وقع فى الغلط أن يعوض الطرف الآخر عن الضرر الذى يصيبه من جراء بطلان العقد . . . وتنص المادة (٢٧) على تطبيق حكم المادة السابقة فى حالة حصول الغلط فى نقل الإرادة .

ويحاول قسم من الفقهاء فى ألمانيا وسويسرا تعميم حكم هذه النصوص ليقيموا منها نظرية عامة للمسئولية العقدية فى فترة تكوين العقد[١] . وبالجمع بين هذه النظرية وبين النصوص التى تقيم مبدأ عاما فى المسئولية العقدية عن فعل الخير يتوصل هؤلاء الفقهاء إلى توسيع مجال تطبيق هذا المبدأ إلى فترة تكوين العقد بالإضافة إلى مجاله الطبيعى فى أثناء قيام الالتزام التعاقدى .

ويقول « بازولا » : بأنه منذ أن وجدت النظرية الشهيرة للفقيه الألمانى « اهرنج » فى الخطأ عند تكوين العقد ، فإنه لاشىء يمكن أن يتعارض وتطبيقها فى حالة المسئولية فى فترة تكوين العقد . وإذا كان يمكن اليوم تعريف الخطأ عند تكوين العقد بأنه الإخلال بالواجبات الملقاة على عاتق الطرفين فى أن يتوصلوا — حسب قواعد حسن النية — إلى تبادل المعلومات خلال فترة المفاوضات للحصول على القرار الواجب اتخاذه ، فإنه ليظهر أن هذا الإخلال يمكن أن يكون ، كالخطأ المتعلق بتنفيذ العقد ، خطأ تعاقدياً .

ويستطرد « بازولا » فيقول : إن عدداً كبيراً من الفقهاء ليؤيدون اليوم بحق أن الأوضاع السابقة على التعاقد يجب أن تستقر تحت سطان قانون العقد .

وهكذا فإن المادة (١٠١) من القانون السويسرى لتنطبق عند ما يصيب المتعاقد الضرر بفعل خطأ صادر عند تكوين العقد من أحد تابعى المدين .

ويشترط « بازولا » لانعقاد المسئولية العقدية فى هذه الحالة أن يكون

---

(١) راجع على سبيل المثال « سالى » النظرية العامة فى الالتزام فى القانون الألمانى ص ١٦٤ وما بعدها . وراجع أيضاً "Von Tuhr" ١٧٠٠ مشار إليه فى بازولا ص ٤٥ و "Maag" ص ٩٨ و "standeinger" ط ٩ وملاحظة على المادة ٢٧٨

الإخلال ناتجاً عن العلاقة الناشئة عن المفاوضات . ولا يمكن أن تطبق المادة (١٠١) إلا إذا وجدت الرابطة السببية المباشرة بين الضرر وبين المناقشات التى أدارها الأطراف .

فيجب إذن أن يكون الفعل الذى ينشأ عنه الضرر متصلا مباشرة بهذه المفاوضات ، ولا يكفى أن يكون الفعل فعلا نشأ بمناسبة هذه المفاوضات[1] .

ويقول « بازولا » : فى خلال فتره تكوين العقد لا يقتصر الأمر على استخدام المدين أشخاصاً يتولون عنه إبرام العقد وإدارة المفاوضات الجارية لهذا الغرض ، بل إنه قد يستخدم أشخاصاً يتدخلون مادياً برضاه الصريح أو الضمنى فى المفاوضات السابقة على التعاقد ، وهنا يجب أن يسأل عن أفعالهم كما يسأل عن أفعال من يتولون عنه إبرام العقد والمفاوضات فى شأنه .

ولكن هل يشترط لتحقق المسئولية العقدية عن فعل الغير أن ينتهى الأمر إلى إبرام العقد ، أم يكفى لقيام هذه المسئولية وجود المفاوضات فحسب دون اشتراط انعقاده ؟ .

يذهب « Oertmann » فى شرح للمادة (٢٧٨) من القانون الألمانى إلى أن المسئولية العقدية عن فعل الغير لا تتحقق فى فترة تكوين العقد إلا إذا انتهت هذه الفترة إلى نتيجة بإبرام العقد .

على أن بازولا يخالف « Oertmann » فى ذلك ، ويقول : إنه فى اللحظة التى تقوم فيها العلاقة بين أطراف العقد المحتمل يجب أن تحمى بالمسئولية عن الخطأ فى تكوين العقد . فمنذ ابتداء المفاوضات يمكن أن يتصور حصول الخطأ التعاقدى من غير أن يشترط إمكان الوصول فى هذه المفاوضات إلى نتيجة بعقد العقد . أنه ليتعين فى الحقيقة على مستخدمى محل تجارى تعرض فيه المعروضات للبيع أن يتقدموا بهذه المعروضات فى المحل إلى العملاء بكل حيطة وذلك سواء أحصل البيع أم لم يحصل حتى لا يصيب العميل أى ضرر . ومن جهة أخرى فإن الاعتراف بنظرية الخطأ عند تكوين العقد يكون أجدى

---

(١) وهذه هى عبارات بازولا ص ٤٦

على ما تتطلبه الحياة المملية عند ما لا يصل العقد فى المفاوضات إلى الإبرام[1].

هذا هو الرأى الغالب فى ألمانيا وسويسرا فيما يتعلق بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، ولذلك يجب أن نعنى بدراسة حدود تطبيق هذه النظرية من حيث الأشخاص.

وتجرى التفرقة فى هذا الصدد بين :

١ — التابع .
٢ — النائب القانونى .
٣ — النائب الاتفاقى .

المبحث الأول

المسئولية عن فعل التابع فى فترة تكوين العقد

والتابع، فيما يتعلق بوضع ما قبل التعاقد أى فى فترة تكوين العقد، هو كل شخص يتعاون مع الطرف المتعاقد — مادياً — للوصول إلى إبرام هذا العقد. وهذا يشمل : الرسول «le masseger» الذى ينقل إرادة الموجب حرفياً أو المترجم «l'interpréte» الذى ينقل إرادة أحد الطرفين حرفياً أيضاً.

وقد أشرنا آنفاً إلى أن مسئولية المتعاقد عن فعل التابع عند جمهور الفقهاء فى ألمانيا وسويسرا، هى مسئولية عقدية . وقد أخذت المحاكم بهذا أيضاً .

فإذا دخل عميل إلى مخزن تجارى ليشترى بضاعة ما . وفى أثناء تقديم البضاعة له بواسطة أحد مستخدمى المحل التجارى، سبب المستخدم للزبون ضرراً، فإن صاحب المحل يسأل عن تعويض هذا الضرر طبقا للمادة (٢٧٨) من القانون الألمانى وطبقاً للمادة (١٠١) من قانون الالتزامات السويسرى[2].

وكما إذا أراد (ا) أن يبيع مخزنا مملوكا له إلى (ب) وكان (حـ) مستخدما

---

(١) راجع « بازولا » ص ٤٧

(٢) راجع خصوصاً أحكام محكمة الإمبراطورية فى ألمانيا trib. d'Empire 78 p.240 107 p. 242-243 مذكورة فى بازولا ص ٤٧

لدى الأول صاحب المخزن . قاد (ح) (ب) الراغب فى الشراء خلال معروضات ومحتويات المخزن وأشار إلى قسم من هذه المعروضات على أساس أنها داخلة فى تلك التى عرضت للبيع . ثم تبين فيما بعد أن هذه المعروضات قد سبق بيعها ، وبالنظر للمعلومات التى قدمها المستخدم غبن المشترى بالثمن ، فهنا تقوم مسئولية (ا) صاحب المخزن عن فعل مستخدمه ويحكم عليه بتعويض لصالح (ب) على أساس من المسئولية العقدية .

المبحث الثانى

مسئولية الأصيل عن النائب القانونى فى فترة تكوين العقد

إن المادة (٢٧٨) من القانون الألمانى تشير إلى المسئولية عن فعل النائب القانونى جنبا إلى جنب مع مسئولية المتعاقد عن فعل تابعه ، ولكن المادة ١٠١ من قانون الالتزامات السويسرى لم تشر إلى النائب القانونى ، ثم أن لفظ « التابع » الذى جاء فى المادة (١٠١) لايمكن أن يشمل النائب القانونى بحال، ولا يمكن لذلك أن يدخل النائب القانونى تحت حكم المادة (١٠١) على أساس حسبانه من طائفة الأتباع كما يذهب — بحق — كل من « بازولا »و « فون توهر» Von Tuhr . فالتابع لايتصرف بإرادته بل بحسب إرادة المتبوع ، بعكس النائب القانونى فإنه يتصرف بإرادته هو مجرداً حتى عن إرادة الأصيل القاصر .

على أن Von Tuhr « يعتقد بالاتفاق مع » Becher و Funk أنه يمكن تطبيق حكم المادة (١٠١) على حالة النائب القانونى وذلك عن طريق القياس .

وإذا كان القانون السويسرى كما يقول Von Tuhr قد نص على مسئولية المدين عن أفعال تابعيه ، فإنه لا يوجد سبب يمنع من قيام مسئولية المدين عن أفعال نائبه القانونى .

ويذهب «بازولا» أيضاً إلى نفس هذا الرأى ويرى وجوب قيام مسئولية القاصر عن أفعال نائبه القانونى ، وذلك حرصا على مصلحة الدائن، وحتى لو أدى

---

(١) جميع هذه الفقرة نقلت هنا عن بازولا ص ٦٦ ، ٦٧

ذلك إلى تضحية مصلحة القاصر مع أنه فى الحقيقة لم يكن ليستطيع اختيار نائبه القانونى .

وعندى أن هذه المسألة دقيقة وشائكة فيما يتعلق بالقانون السويسرى . وإذا كان من الواقع وجود نص يقرر مسئولية القاصر عن نائبه القانونى فى القانون الألمانى ، فإنه لمن الصعب جداً تقرير هذه المسئولية فى حالة انعدام مثل هذا النص . ذلك أن مبدأ قيام هذه المسئولية يصطدم بمبدأ عام آخر هو وجوب حماية القاصر ، وهذا الوجوب هو أكثر ضرورة وأشد إلحاحا من وجوب حماية الدائن المتعاقد . وعلى تقدير أن هذا أمر يرجع للشارع نفسه ، فإن عدم النص عليه من قبل المشرع السويسرى قد يشير إلى قرينة تدل على رفضه تقرير هذه المسئولية قبل القاصر عن الأفعال المادية الضارة التى يرتكبها نائبه القانونى عند تكوين العقد . وبهذا بقيت مشكلة مسئولية القاصر عن أفعال نائبه القانونى مشكلة رأى يصبح كل قاض فيها وكل عالم من علماء القانون فقيه نفسه ، ومن هنا يتضح أنه مهما بلغ التشريع من نضوج فى عرض الأفكار وفى الإتيان بالمبادىء التى يفرضها التطور ، فإن القصور ليلاحقه ، وأنه من السهل أن ندرك أنه لا يمكن لنا بلوغ الكمال فى التشريع فى أى زمن أو فى أى مكان وإن القصور الذاتى هو سنة الطبيعة فى صعودها نحو مدارجه [1] .

على أن الأمر يسهل من ناحية تقرير بطلان العقد عندما يكون هذا البطلان راجعا إلى فعل النائب القانونى . ذلك أنه إذا كان من غير المعقول أن يسأل القاصر عن فعل النائب فيما يتعلق بتعويض الضرر ، فإنه ليس من العدل كذلك أن يمنع الطرف الآخر من طلب البطلان . وتفسير هذا أمر بسيط لأن مشكلة البطلان لا تتصل إطلاقا بمشكلة المسئولية ، وأن البطلان يتحقق متى تحققت أسبابه القانونية ، ومتى قلمت عناصره وأركانه تحقق بغض النظر عن أى اعتبار آخر بالنسبة لأطراف العلاقة القانونية على الأقل .

---

(١) تنبسط المشكلة فيما يتعلق بهذه المسألة بين اعتبارات تقوم تحت المبادىء العامة للقانون ، ولا ترقى إلى هذه المبادىء إذ لو أمكن ذلك وأمكن رد مسائل هذه المشكلة إلى المبادىء العامة لما كان لهذا الخلاف وجود .

ونلاحظ فيما يتعلق بأفعال النائب القانونى القانونية أنه لا خلاف فى سريانها على القاصر وهذا ما يحققه المبدأ العام فى النيابة القانونية نفسه .

المبحث الثالث

مسؤلية الأصيل عن النائب الاتفاقى فى فترة تكوين العقد

لا جدال فى أن النائب الاتفاقى هو غير التابع . وجمهور الفقهاء يذهب إلى أن التابع هو شخص مجرد عن إرادة العمل والتصرف إلا وفقا لمشيئة المتبوع . كما أن التابع لا يقوم إلا بعمل مادى بحت .

أما النائب الاتفاقى فهو شخص يضم إرادته إلى إرادة الأصيل فى العمل ويتصرف فيه بإرادته هو أو على رأى بإرادته وإرادة الأصيل معاً .

على أن هذا لا يمنع أن يقوم النائب الاتفاقى بأعمال مادية لمصلحة الأصيل وإذا قام بهذه الأعمال فان الأخير قد يسأل عندئذ عن أعمال الأول طبقاً للمادة (٢٧٨) من القانون الألمانى والمادة (١٠١) من القانون السويسرى .

ولكن ما حدود هذه المسئولية ؟ . يتحدد السؤال على النحو الآتى :

هل يسأل الأصيل عن سوء نية نائبه الاتفاقى وعن غشه وتدليسه وأخطاءه عند تكوين العقد مسئولية عقدية عن فعل الغير ؟

هل يسأل الأصيل عن الأضرار التى يسببها فعل النائب الخطأ عند ما يسبب بتصرفه بطلان التصرف الذى قام به لحساب الأصيل ، وعلى أى أساس تقوم هذه المسئولية ؟

يذهب « بازولا »[1] وكذلك « بيكيه » إلى وجوب التفرقة فى هذا الخصوص بين أحوال ثلاث :

١ — بين ما إذا كان تصرف النائب مجرداً عن سلطة النيابة .

٢ — وبين ما إذا تصرف النائب مجاوزا حدود هذه السلطة .

٣ — وبين ما إذا تصرف النائب مسيئا استعمال هذه السلطة .

ففى كل من الحالتين الأولى والثانية يقضى المبدأ العام فى النيابة أن لا مسئولية

---

(١) بازولا ص ٦٩ وما بعدها .

على الأصيل . ولهذا لا يمكن على العموم أن يسأل الأصيل عن الغش والأخطاء الأخرى التى يرتكبها النائب خارجا عن سلطة النيابة أو مجاوزاً حدودها (م ٣٨ من قانون الالتزامات السويسرى . والمواد ١٧٧ ، ١٧٩ ، ١٨٠ ، ١٧١ من القانون الألمانى) .

وأما فى الحالة الثالثة فيما إذا أساء النائب استعمال سلطات النيابة ، فإن وجه المسألة يتغير كما يقول « بازولا » . فعندما يتصرف النائب فى حدود النيابة إنما تنصرف آثار تصرفه هـذا إلى الأصيل مباشرة طبقاً للمبادىء العامة فى النيابة (المادة ٣٢ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ١٦٤ من القانون الألمانى) .

ويذهب « بازولا » و « بيكية » و « رينو » إلى أن هذه المسئولية ليست إلا مسئولية شخصية بناء على مبادىء النيابة وليست مسئولية عن فعل الغير .

وعند أن الأمر ليس بهذه السهولة . إن الذين يقولون بأن الأصيل لم يخول النائب سلطة ارتكاب أى جريمة أو خطأ فى فترة تكوين العقد أو فى أثناء تنفيذه هم على حق فيما يذهبون إليه من الناحية النظرية . وعندما أكاف زيدا من الناس بأن يقوم على حسابى ولمصلحتى بعمل من الأعمال ، وعندما يكون هذا الشخص شخصا عاديا على الأقل ، يدخل فى تقديرى لزوم كون هـذا الشخص متوسط الحرص وأنه لن يرتكب غشاً أوخطأً فى أثناء القيام بالعمل الذى عهدت به إليه . فاذا ما أدى هذا الشخص المكلف العمل على الوجه المطلوب فبها . أما إذا أخطأ أو ارتكب غشا أو تدليسا ، حتى على فرض أنه كان قد ارتكب هذه الأفعال وهو فى حدود النيابة ، فهل يمكن اعتبارى أنا الأصيل أنا الذى قد فوضته عمل ذلك الفعل الخطأ أو ارتكاب الغش أو التدليس ؟

على أن ذلك لا يعنى أننى أنا الأصيل ، على الرغم من براءتى من أخطاء هذا الشخص الذى كلفته بالقيام بالمهمة ، يجب أن أجرد قانوناً من المسئولية .

إن قواعد العدالة ومقتضيات التوازن الاقتصادى فى العقود تقتضى أن أسأل أنا الأصيل عن فعل النائب . وهنا نصـل إلى لب وجوهر المشكلة التى أثيرت فى الأساس القانونى لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير، ويصدق هنا

ما رأينا من أن هذا الأساس هو الضمان القانونى الذى ألقى على عاتق المتعاقد عن فعل غيره ، وقد قلنا أن النائب يعتبر من هؤلاء الغير[١] .

وعندى أن وصف النائب هنا لا يمكن أن يثبت إلا على أساس ما قلناه من أن المسئولية تتحقق فى هذه الحالة بمناسبة النيابة لا بسببها إذ أن المسئولية قد تتحقق فى ظروف أخرى كالتى عالجناها فى الصفحات السابقة .

وكذلك يبدو من الواضح أن مسئولية الأصيل عن أفعال النائب تعتبر مسئولية عقدية عن فعل الغير سواء بسواء مع مسئولية المتعاقد عن أفعال تابعيه .

ثم إن « بازولا » الذى يقرر ارجاع مثل هذه المسئولية — مسئولية الأصيل عن فعل النائب — إلى المسئولية الشخصية ، قد غفل عن حقيقة أبرزها هو عندما قرر أن المسئولية التى ألقيت على عاتق الأصيل ليست هى مسئولية عن الأعمال القانونية للنائب بل هى مسئولية عن الأفعال المادية لهذا الأخير ، تلك الأفعال التى لا يكون فيها النائب نائبا عن الأصيل بالمعنى الفنى الدقيق لهذا الاصطلاح فى فقه القانون المقارن .

ونخلص من كل هذا أنه إذا قامت مسئولية الأصيل عن فعل النائب فى فترة تكوين العقد فى كل من ألمانيا وسريسرا ، فإنها إنما تقوم على أساس نظرية الخطأ فى تكوين العقد بالإضافة إلى المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير وإنها مسئولية عن الأفعال المادية التى ارتكبها النائب ، وأن مسئولية الأصيل تتحقق قانونا بمناسبة النيابة لا بسببها[٢] .

---

(١) أرجو أن أثير انتباه حضرات القراء انى أعالج المشكلة من وجهة النظر الألمانية والسويسرية أما فيما يتعلق بوجهة النظر فى القانون المصرى والفرنسى فسنعالجها عما قريب .

(٢) وأعنى بذلك أن مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير أوسع فى الحقيقة من مبدأ النيابة . فالنيابة حالة من الحالات التى تتحقق فيها المسئولية العقدية عن فعل الغير وقد أسهبت فى شرح ذلك عند كلامى على الأساس القانونى ... راجع الباب الثانى من هذا الكتاب .

الفرع الثانى

المسئولية العقدية عن فعل الغير بعد انتهاء العقد في القانون الألمانى والسويسرى

على أنه إذا أثير كل ذلك النزاع حول طبيعة المسئولية فى فترة تكوين العقد ، فإنه مما لاشك فيه أن الفقه يذهب إلى أن المسئولية بعد انتهاء العقد تخرج عن نطاق المسئولية العقدية . وبالتالى فإنه فى حالة ما إذا سبب أحد الأشخاص ضررا لأحد أطراف العقد السابق ، وكان فاعل الضرر ذا علاقة قانونية مع الطرف الآخر ، فإن هذا الأخير لا يمكن أن يسأل إلا على أساس قواعد المسئولية التقصيرية عن فعل الغير إذا توافرت شروطها(١) .

على أنه مما لاشك فيه كذلك أن العقد المنتهى إذا ما خلف التزامات تعاقدية : التزامات إجابية أم سلبية ، فإنه لمن الميسور القول بوجوب الوفاء بهذه الالتزامات ، وإذا لم يف الملتزم بها فيمكن القول حينئذ بإمكان قيام مسئوليته العقدية . وإذا لم يوف بهذه الالتزامات بفعل الغير فقد تقوم مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير أيضاً .

قد تكون أمثال هذه الالتزامات نتيجة لاتفاق الظرفين أو حسبما تقرره قواعد العرف والعادة . مثل ذلك أن البواب يلزم — فى فرنسا — وحتى بعد مضى وقت من انتقال المستأجر ، إذا ما ترك هذا الأخير عنوانه للأول ، أن يبعث بما يصل إليه من خطابات أو أمتعة باسم المستأجر . وعدم انجاز ذلك يستدعى أن يسأل البواب حسب قواعد المسئولية التقصيرية ، وأن يسأل المؤجر كذلك عن فعل هذا البواب مسئولية عقدية عن فعل الغير(٢) .

---

(١) مازو ص ٥٤ المرجع السالف الذكر وجوسران روح القوانين ونسبيتها نبذة ١٤٩ . ولالو : نبذة ٢٧٩ . ونبوايه دروس فى القانون المدنى لقسم الدكتوراه . سنة ١٩٢٩ ص ٩٩

(٢) سأروك ص ١٣٢

الفصل الثانى

مشكلة المسئوليه العقدية عن فعل الغير

عند فترة تكوين العقد فى القانون الفرنسى المصرى

إذا كانت مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير فى فترة تكوين العقد دقيقة الحل فيما يتعلق بكل من القوانين الألمانى والسويسرى ، حيث ورد فى كل منهما نص صريح فى مبدأ عام للمسئولية العقدية عن فعل الغير ، وحيث أقيمت فى كل من ألمانيا وسويسرا نظرية الخطأ عند تكوين العقد فى الفقه والقضاء ، فإن الأمر ليس على هذه الدرجة من الدقة فى كل من القانونين الفرنسى والمصرى . أن الإدراك السليم للقواعد القانونية فى كل من هذين البلدين ليؤدى بنا إلى حل موفق مناسب . بانتفاء نص عام يحكم المسئولية العقدية عن فعل الغير ولعدم أخذ مشرع القانون الفرنسى أو القانون المصرى الجديد بنظرية الخطأ فى تكوين العقد ينتفى امكان القول بقيام المسئولية العقدية عن فعل الغير فى فترة تكوين العقد[1] .

وفيما يتعلق بهذه النظرية — نظرية الخطأ عند تكوين العقد — حاول شراح كثيرون إقامتها فى فرنسا على أساس ورود تطبيقات لها فى القانون الفرنسى وخصوصا على أساس ما جاء فى المادة (١٥٩٩) الخاصة بالمسئولية عن بيع ملك الغير[2] .

إلا أن الرأى الراجح فى فرنسا يذهب إلى أن لا مكان لهذه النظرية فى القانون المدنى الفرنسى ، وبالتالى لا يقر بوجود المسئولية العقدية عن فعل الغير ، بالمعنى المفهوم لهذه المسئولية ، فى فترة تكوين العقد . وأن هذه المسئولية لا تنهض إلا على أساس عقد صحيح تام نافذ بين الأطراف . وإن كل حالة من حالات الضرر التى تصيب الطرف المتعاقد قبل تكوين العقد لا تلزم الطرف الآخر

---

(١) واجع المذكرة الإيضاحية ص ٢٦٣ فى الهامش ح ٢

(٢) راجع سالى ص ١٧٦ وما بعدها . المرجع المشار إليه سالفاً .

إلا على أساس من المسئولية التقصيرية[١] .

وقد أثير فى فرنسا بحث مسئولية الأصيل عن النائب القانونى ومسئوليته عن النائب الاتفاقى . أما فيما يتعلق بالتابع فإن الأمر واضح لأن المسئولية لا يمكن أن تقوم فى هذه الحالة إلا على أساس المادة (١٣٨٤)[٢]. ولذلك سنقصر الكلام على مبحثين نتناول فيها الكلام عن مسئولية الأصيل عن النائب القانونى وعن النائب الاتفاقى .

المبحث الأول

مسئولية الأصيل فى النيابة القانونية عن فعل النائب فى فترة تكوين العقد

تلزم التفرقه فى هذا الخصوص - كما يذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء فى فرنسا بين حالة طلب البطلان وبين حالة دعوى المسئولية أى دعوى التعويض .

ففيما يتعلق بالحالة الأولى لا نزاع فى أن للطرف الذى ناله الضرر بعفل النائب القانونى - كالوصى مثلا - الذى سبب البطلان كالغش أو التدليس أو الغلط ، أن يرفع دعوى البطلان ضد القاصر الأصيل ، ويمكن أن يحكم للطرف المتضرر بالبطلان. والقول بغير ذلك يؤدى فى الحقيقة كما يقول « بوسكو رامسيانو »[٣] إلى زعزعة الثقة فى المعاملات وإلى أحجام الناس عن التعامل مع الأوصياء أو سائر النواب القانونيين .

وفيما يتعلق بدعوى التعويض فالرأى الراجح هو أنه لا يمكن أن تقوم مسئولية القاصر عن الأفعال الضارة التى يرتكبها النائب القانونى .

ويقول « ديموج » فى هذا الصدد :

« أن القاصر لا يمكن أن يسأل من هذه الناحية - ناحية دفع التعويض -

---

(١) راجع مازو المرجع السالف الذكر حـ ١ نبذة ١٣٥

(٢) محكمة دوا فى ١٥/١/١٨٩٠ سيرى ١٨٩١-٢-١٤٤ ومحكمة رين فى ٨/٧/١٩٢٩ دالوز الأسبوعى ١٩٢٩ - ٥١٨ . محكمة بروكسل ٢٠/١٠/١٩٠٩ المجلة العامة للتأمين والمسئولية المشار إليه فى فان رين نبذة ٩٩ هامش رقم ٣ محكمة السين ١٤/١١/١٩٣٠ سيرى ١٩١٢ - ٢ - ٢٢٨

(٣) المرجع المشار إليه ص ٢٩٨ وما بعدها .

بسبب التدليس أو الخطأ الذى ترتكبه وصية ، وذلك لأن النيابة القانونية تقوم على فكرة حماية عدم الأهلية الذى لا يمكنه أن يرجع على وصيه ليطالبه »[١] .

ثم أنه لا يمكن مسائلة الأصيل فى هذه الحالة عن تدليس أو خطأ نائبه القانونى الذى لم يكن له يد فى اختياره[٢] وهذا هو رأى أغلب الفقه والقضاء والراجح منه[٣] .

وعندى أنه يمكن تفسير سبب جواز تقرير بطلان العقد الذى يشوبه سبب من أسباب البطلان والذى يتحقق من تصرفات النائب القانونى كغشه أو تدليسه ، بالقول أن المتعاقد فى هذه الحالة هو النائب القانونى نفسه ويعتد بإرادته وحدها فيما يتعلق بالتصرفات التى يعقدها لحساب الأصيل القاصر . إذ لا إرادة للقاصر فى أحداث التصرف القانونى . ولذلك فإما أن يسرى أثر التصرفات القانونية طبقاً للمبدأ العام فى النيابة وهذا يقتضى قيام هذه التصرفات القانونية سليمة من العيوب ونافذة صحيحة ، وفى هذه الحالة لا جدال فى وجوب تقبل ذمة القاصر لمثل آثار هذه التصرفات ، وإما ألا تسرى هذه التصرفات فى حق القاصر ، لأن العقد قابل للإبطال فى العلاقة القائمة بين النائب القانونى وبين المتعاقد الآخر .

أما عن مسألة التعويض فهى منفصلة تمام الانفصال عن مسألة سريان التصرف القانونى فى حق الأصيل القاصر . إن التعويض يقوم كما هو واضح على أساس فعل خطأ . ولا يرتكب القاصر شيئاً من ذلك عندما يمتنع النائب القانونى عن القيام بواجبه قبل الطرف الآخر . وإذا قلنا بأن القاصر لا يصح أن يستفيد من التصرف الباطل الذى قام به نائبه القانونى ، فإن هذا يلزمنا أن نقول أيضاً بعدم جواز تحمل الأصيل القاصر لأفعال النائب الضارة .

إلا أن شارحا من شراح القانون المدنى الفرنسى يذهب إلى وجوب قيام مسئولية الأصيل فى النيابة القانونية سواء بسواء مع قيام مسئولية الأصيل

---

(١) جزء ١ نبذة ١٣٧ ص ٢٢٨

(٢) « كوريسكو » رسالة باريس ١٩١٣ ص ١٥٢ ص ١٢١

(٣) نقض عرائض ١٨٩٣/٣/٢١ سيرى ١٨٩٥ — ١ — ٢٤١

فى النيابة الاتفاقية عن تعويض الضرر الذى يسببه النائب القانونى وذلك على أساس نظرية النيابة(١) .

وهو يعترض على القول بأن الأصيل لا يفوض النائب سلطة ارتكاب جرائم أو أخطاء بأنه لماذا يصح إذن أن يفوض الأصيل النائب سلطة القيام بالإدارة السيئة وارتكاب الإهمال ، ولا يصح أن يفوضه ارتكاب التدليس أو الأخطاء الأخرى ؟

وقد واجهنا هذا الرأى بالرد وقلنا عند ردنا على أساس النيابة كأساس لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير أن من شروط النيابة انتفاء مسئولية النائب وبقاء أو انفراد الأصيل بالمسئولية ، وليس الأمر كذلك فى مثل هذه الأحوال(٢) .

على أن اعتراض « تيسيه » فيه شىء كثير من الصحة ، وعندى أنه من الحق القول دائماً بأن الأصيل لم يفوض النائب سلطة ارتكاب أى خطأ أو تدليس أو حتى القيام بأية إدارة سيئة أو القيام بأهمال(٣) وإن أساس المسئولية فى حالة سريان التصرف القانونى هو وضع خاص بمبدأ النيابة وحدها وأن تقرير وجود الحاجة إلى إنشاء مثل هذه المسئولية وإلزام الأصيل بدفع التعويض عن أفعال النائب القانونى الضارة من شأن المشرع وحده فهو وحده الذى يوازن بين المصالح المتعارضة وهو وحده الذى يضع الحلول لما يراه مناسباً من الأوضاع .

وإذا كان المشرع الألمانى قد رأى أن ينشىء هذه المسئولية فى المادة (٢٧٨) فإنه لم يقم أى نص قانونى منشأ لهذه المسئولية لا فى القانون المدنى الفرنسى ولا فى القانون المدنى المصرى . بالإضافة إلى أننا لو وازنا بين المصلحتين

---

(١) تيسيه — تعليق على نقض فرنسى فى ١٥/٦/١٨٩٨ سيرى ١٨٩٩ — ١ — ٢٠٩

(٢) راجع فيما سبق الباب الثانى من هذا الكتاب .

(٣) أن التدليس الذى يرتكبه ناظر الوقف مهما كان لا يقيم إلا مسئوليته الشخصية دون مسئولية الوقف . استئناف مختلط فى ١٥/٤/١٩٤٣ الجريدة القضائية ٥٥ ص ١٣٢ واستئناف مختلط فى ٢٩/١٢/١٩٣١ الجازيت ١٩٣٢ رقم ٤ ص ٣٢٩

المتعارضتين القائمتين . بين مصلحة القاصر فى عدم المسئولية وبين مصلحة الطرف الآخر فى قيامها، لوجدنا أن العدالة تقضى بتفضيل مصلحة القاصر على مصلحة الطرف الآخر البصير . فيمكن أن نقرر إذن بعدم استطاعة الطرف الآخر الرجوع فى حالة النيابة القانونية إلا على النائب القانونى ، وله أن يقاضية ويطالبه شخصياً بالتعويض [١]

المبحث الثانى

مسئولية الأصيل (الموكل) فى النيابة الاتفاقية

عن أفعال النائب الاتفاقى (الوكيل) عند فترة تكوين العقد

لا خلاف هنا قطعيا فيما يخص دعوى البطلان . بطلان التصرف القانونى الذى أدى إليه فعل الوكيل الخطأ من تدليس أو خطأ. فالموكل مسئول قطعاً عن البطلان إذا صح أن تسمى مثل هذه الحالة بالمسئولية .

ولقد قلنا أن أسباب البطلان وأركانه إذا ما اجتمعت يصبح من الواجب تقريره . غير أن الحال فى مسئولية الموكل عن أفعال الوكيل فى فترة تكوين العقد أمر دقيق ، ولا بد فيه من التفرقة :

بين حالة خروج الوكيل من حدود الوكالة التى أعطت له من قبل الموكل وبين حالة أساءة استعمال هذه الوكالة . مثال الحلة الأولى كما لو كلف الموكل الوكيل شراء عربة فاشترى بيتاً والثانية فيما لو كلفه ببيع دار فغش الوكيل ، المشترى فى بعض أوصافها .

ففى الحالة الأولى يجمع الفقهاء على عدم مسئولية الموكل عن أفعال وكيله مسئولية عقدية .

وفى الحالة الثانية يذهب الأستاذ « بيكيه »[٢] و « رينو »[٣] و « ساروك »[٤]

---

(١) إن أفعال الوصى لا تسرى على القاصر إلا إذا كانت قائمة على مصلحه الوصى الذى يختلس وهو يعمل لحساب القاصر هو المسئول وحده استئناف مصرفى ٤/١/١٨٩٤ القضاء ص ٢٩٢ سنة ١٨٩٥ .

(٢) بيكيه المرجع السابق ص ٢٥٥

(٣) رينو ١٢ وما بعدها .

(٤) سأروك ص ١٢٦

و « ليجرو »[١] و « روبيه »[٢] إلى القول بأن الموكل يسأل مسئولية عقدية طبقا للمبدأ العام فى النيابة . وتصبح بذلك مسئولية هذا الموكل مسئولية شخصية

ويظهر تماما أن هؤلاء الشراح يفترضون قيام نظرية الخطأ عند تكوين العقد فى القانون الفرنسى . ولا أدرى كيف يمكن أن يقال بهذا فى هذا القانون. أن كل شارح ليقع فى التناقض عندما يزعم أن المسئولية فى هذه الحالة مسئولية عقدية مع أن العقد — كما هو معروف — غير قائم .

و« ساورك » نفسه ينكر قيام نظرية الخطأ فى تكوين العقد . ومع ذلك يجارى هؤلاء الكتاب فى رأيهم حول مسئولية الموكل عن أفعال وكيله على أساس المبدأ العام فى النيابة[٣] .

وعندى أن « مازو » ومن أيده من الفقهاء على حق حينما ينكرون على هؤلاء الفقهاء ذهابهم إلى أن مسئولية الموكل عن أفعال وكيله يمكن أن تعتبر مسئولية عقدية[٤] .

إن هذه المسئولية العقدية لا يمكن أن تقوم فى القانون الفرنسى إلا على عقد صحيح قائم بين الطرفين المتعاقدين . وكل مسئولية تبنى على غير العقد يجب أن تعتبر مسئولية خارجة عن نطاق المسئولية العقدية .

ونحن نرى أن من الواجب أن نتعمق فى دراسة المشكلة بإيضاح بعض الأوضاع وردها إلى أصولها السليمة حتى يمكن أن تتضح معطيات هذه المشكلة فتتضح منها الحلول الواجبة الاتباع .

إن الوكيل لا يعتبر وكيلا فى أى عمل دون تحديد ، وإنما الوكيل هو من يعهد إليه إنجاز عمل قانونى "acte juridique" كابرام عقد لحساب الموكل . وفى هذه الحالة قد يؤدى ارتكاب الوكيل طرقاً احتيالية ما ، إلى خداع الطرف الآخر ويكون من شأنها أن تسبب إبطال العقد . فإذا ما وصلنا إلى هذه النتيجة فإن

---

(١) ليجرو ص ١٨١

(٢) روبيه ص ٧٧

(٣) راجع سأروك ص ١٢٩ وما بعدها .

(٤) مازو المرجع السالف الذكر ج ١ ط ١٩٣٨ الثالثة ص ٩٤٣ نبذة ٩٤١ وما بعدها وخصوصاً ص ٩٤٤ ، ٩٤٥

المسئولية العقدية ترتفع بإبطال هذا العقد[١] ويجدر البحث بعد ذلك عن إمكان قيام مسئولية الموكل طبقاً للمادة (١٣٨٤/١٧٤) باعتباره متبوعا أو طبقاً للمادة ١٣٨٢/١٧٣ إذا ارتكب المتبوع هو نفسه خطأ يمكن أن يسأل عنه . وهذا هو الحل الصحيح الراهن الذى تقتضيه القواعد العامة فى القانون الفرنسى وهو الحل الواجب الاتباع .

وإذا ما أريد إقامة مسئولية قانونية تلقى على عاتق الموكل عن أفعال وكيله فلا مناص من سند قانونى يقرر هذه المسئولية بنص صريح .

والقضاء الفرنسى يؤيد الرأى الواجب الاتباع فى أحكامه[٢] . أما فيما يتعلق بالوضع فى القانون المصرى الجديد ، بله القديم فإننا نرى أيضاً وجوب تطبيق القواعد العامة فى المسئولية عن الخطأ التقصيرى : المادتان ١٧٣ — ١٧٤ ، فإن أغلب الفقهاء[٣] ورأيهم الراجح ، يذهبون إلى أن المشرع المدنى المصرى لم يعرف نظرية الخطأ عن تكوين العقد ، بل على العكس لقد اتجه الرأى عند تحضير القانون المدنى الجديد إلى إلغاءها . وكان المشروع التحضيرى يحمل فيها نصاً ، هو نص المادة ١٤١ رؤى إلغاءه ، وعلل ذلك بأن نظرية الخطأ فى تكوين العقد نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها[٤] . وبالتالى فإن مسئولية الموكل يجب تؤسس على القواعد الخاصة بالمسئولية التقصيرية . والمسئولية فى حالة النيابة القانونية يجب أن يتحملها الوصى أو القيم ، أو على العموم النائب القانونى وحده[٥] .

---

(١) بالنسبة للأحوال التى يرتكب فيها الوكيل أعمالا تمنع من انعقاد العقد يسرى هذا الرأى من باب أولى .

(٢) نقض مدنى ١٨٩٧/٥/١٦ سيرى ١٨٩٨ — ١ — ٥١٠ مونبليه ١٨٩١/٦/١٦ تحت نقض عرائض ١٨٩٣/١٠/٢١ سيرى ١٨٩٥ — ١ — ٢٤١

(٣) السنهورى : الوسيط . وتقوم المسئولية العقدية عن فعل الغير حيث يوجد عقد صحيح بين المسئول والمضرور وإذا تولى الغير ايابة عن المسئول المفاوضة فى عقد ثم قطعت المفاوضة وأصاب قطعها الطرف الآخر بالضرر فالمسئولية عن الغير هنا لا تكون عقدية . وإذا انعقد العقد غير صحيح فإن المسئولية لا تكون هنا أيضاً مسئولية عقدية ص ٦٦٥ نبذة ٤٣١ . وراجع بهجت بدوى : الالتزامات ص ٢٦٤ وما بعدها .

(٤) الوسيط ص ٥١٠ نبذة ٣١٠

(٥) والقضاء المصرى يقضى دواماً بعدم قيام مسئولية الموكل العقدية عن أفعال وكيله الضارة راجع محكمة استئناف مصر ١٩١١/٣/١ مجم ص ٦٥ سنة ٢٣

والمسئولية عن فعل التابع فى فترة تكوين العقد يجب أن ترجع إلى قواعد المسئولية التقصيرية كذلك .

وينطبق ما قلناه عند دراستنا لمشكلة المسئولية عن فعل الغير عند انتهاء العقد فى القانون الألمانى ، على القانونين الفرنسى والمصرى . فالوضع واحد فى جميع هذه القوانين .

ومن دراسة هذين الفصلين السابقين تبين لنا أن المجال الحقيقى والطبيعى للمسئولية العقدية بصورة عامة ، وبالتالى للمسئولية العقدية عن فعل الغير ليس هو فى فترة تكوين العقد ولا بعد انتهاءه ، وإنما هو فقط فى أثناء تنفيذ الالتزام العقدى[١] .

---

(١) راجع ستيفانى — المرجع المشار إليه : دروس فى المسئولية العقدية والتقصيرية ص ٩٢

الكتاب الثانى

فى قواعد تطبيق مبدأ المسئولية العقدية

عن فعل الغير

وسنعالج فى هذا الكتاب بحث قواعد تطبيق مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير مقسما على الأبواب الأربعة التالية :

١ ــ الباب الأول : فى شروط تطبيق المسئولية العقدية عن فعل الغير .

٢ ــ الباب الثانى : فى الحدود الداخلية للمسئولية العقدية عن فعل الغير من حيث الموضوع .

٣ ــ الباب الثالث : فى الحدود الداخلية للمسئولية العقدية عن فعل الغير من حيث الأشخاص .

٤ ــ الباب الرابع : فى كيفية تطبيق هذه المسئولية على العقود المختلفة :

(١) فى الإيجار .

(٢) عقود المقاولة .

(٣) بعض أنواع الوديعة : سكنى الفنادق .

(٤) عقود النقل .

الباب الأول

فى شروط تطبيق المسئولية العقدية عن فعل الغير

يشترط لقيام المسئولية العقدية عن فعل الغير :

١ — جميع شروط المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى باعتبار أن المسئولية العقدية عن فعل الغير هى فرع من هذه المسئولية . ولذلك يجب أن يتوافر لقيامها قيام عقد صحيح بين الدائن الذى أصابه الضرر وبين المدين المسئول . وأن يكون الضرر الذى أصاب الدائن ذا علاقة أو رابطة سببية مع فعل الغير الذى يسأل المدين عنه .

٢ — يجب أن يكون الإخلال بالالتزام نتيجة لخطأ الغير الذى يسأل عنه المدين .

٣ — أن يعهد المدين إلى الغير بأمر تنفيذ الالتزام أو أن يمارس هذا (الغير) حقاً من حقوق المدين برضاه الصريح أو الضمنى .

وسنعالج هذه الشروط كلا على حدة فيما يلى من الفصول الثلاثة :

الفصل الأول

الشرط الأول

قيام الرابطة العقدية بين الدائن والمدين

كشرط لقيام المسئولية العقدية عن فعل الغير

لا صعوبة فى تبين قيام الرابطة التعاقدية لنشوء المسئولية العقدية عن فعل الغير إذا ماطابق الإيجاب القبول فى المجلس الواحد أو إذا ما اتصل قبول القابل بعلم الموجب . ومتى انعقد العقد صحيحاً أمكن القول بإمكان قيام المسئولية العقدية فى أية لحظة بعد نشوءه ، إذا ما أدى الإخلال بالالتزام التعاقدى فيه إلى ضرر . فيشترط إذن أن يكون هناك عقد صحيح نافذ بين الطرفين :

الطرف المتضرر والطرف الذى يسأل عن حصول الضرر . وقد قلنا سابقاً أننا نستبعد فترة تكوين العقد من نطاق المسئولية العقدية عن فعل الغير .

على أن الأمر ليدق فى مناسبتين :

المناسبة الأولى :

حيث يجرى التساؤل فى هل أن قيام المسئولية العقدية عن فعل الغير مرهون بوجود العقد فحسب . وهل أن هذه المسئولية تجد فى العقد مصدرها الفريد . أم هل يمكن أن تنشأ هذه المسئولية من مصدر آخر غير العقد من مصادر الالتزام ؟

المناسبة الثانية :

حيث يجرى التساؤل عن الحالات التى تتنازع الآراء فيها مضمون العقد ومحتواه من التزامات . ونحن نشير بذلك إلى الالتزامات التى توضع على عاتق رب العمل أو متعهدى النقل وتسمى التزامات ضمان السلامة . وتثير مشكلة

مضمون العقد نزاعاً قوياً فى الفقه والقضاء فى مصر وفى فرنسا ولذلك سنخصص الفرعين الآتيين لعلاج هاتين المسألتين :

الفرع الأول

نطاق تطبيق المواد الخاصة بمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير

تنص المادة (٢١٧) من القانون المدنى الجديد على أنه « يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى . . . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى قد يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه .

وتشير المادتان ٥٦٥ و ٥٧١ إلى ضمان المؤجر لأفعال أتباعه وإلى ضمان المستأجر لأفعال جملة من الأشخاص عنيت بذكرهم المادة الأخيرة ، وتشير المادة (٧٢٧) إلى ضمان أصحاب الفنادق والخانات لأفعال المترددين على هذه الأماكن والمادة ٦٦١ إلى ضمان المقاول لأفعال المقاول من الباطن ، وهى نصوص تتعلق كلها بالالتزامات التعاقدية .

وكذلك تشير المواد ١٧٣٥ و ١٧٨٥ و ١٧٩٧ و ١٥٩٣ وظاهر المادة ١٢٤٥ من القانون الفرنسى إلى حالات المسئولية العقدية عن فعل الغير فى الالتزامات التعاقدية . ومن الواضح أن مصدر المسئولية العقدية عن فعل الغير إذن هو العقد والعقد وحده . إلا أن البحث قد جرى فى هل يمكن تطبيق النصوص العامة التى تقيم المسئولية العقدية عن فعل الغير كالمادة (٢١٧) من القانون الجديد والمادتين (١٠١) من قانون الالتزامات السويسرى و (٢٧٨) من القانون الألمانى على أحوال الالتزامات غير التعاقدية .

لقد ذهب إلى القول بالإيجاب قسم من الفقهاء . فاجتهد « بازولا و اوزر » بأنه يمكن تطبيق حكم المادة (١٠١) من قانون الالتزامات السويسرى (م ٢١٧ جديد ٢٧٨ ألمانى) على أحوال عدم تنفيذ الالتزامات التى تنشأ عن الإثراء بلا سبب طبقاً للمادة (٦٢)[١] من القانون السويسرى أو عن الفعل الضار طبقاً للمادة (٤١ من هذا القانون)[٢] .

---

(١) م ٨١٢ من القانون الألمانى م ١٧٩ من القانون المصرى الجديد .

(٢) م « م ١٦٣ « « « « « « «

يقول « بازولا » إذا كانت المادة (٥٥) من قانون الالتزامات السويسرى (م ١٧٤) جديد تتعلق بالحالات التى يحصل الضرر فيها نتيجة فعل من أفعال أجنبى لا تربطه بالدائن أية صلة سابقة ، فإن المادة (١٠١) من هذا القانون تفترض قيام علاقة قانونية سابقة بين المدين والدائن ، وفى أغلب هذه الحالات الأخيرة تكون العلاقة علاقة تعاقدية . إلا أن هذا لا يعنى أن هذه المادة تخص فقط أحوال عدم التنفيذ الناتج عن العلاقه التعاقدية . إن المادة (١٠١) كالمادة (٩٧) تدخل فى الفصل الخاص بآثار عدم تنفيذ الالتزامات على العموم فيجب إذن أن تفسر بأنها تشير إلى جميع أحوال عدم تنفيذ الالتزام بصرف النظر عن مصدره .

ويستعير بازولا من « أزور » أمثلة يشرح بها هذا الرأى فيقول أنه إذا أرسل (ا) صديقه (ب) بشىء مستحق التسليم إلى (حـ) طبقاً للمادة (٦٢) من القانون السويسرى ، فإذا لم يقم (ب) بتنفيذ هذا الالتزام بالتسليم بقى (ا) مسئولا عن ذلك أمام (حـ) الدائن .

وأنه إذا سرق شخص من آخر شيئاً وأراد أن يرد هذا الشىء المسروق إلى مالكه بواسطة تابع من أتباعه كأبنه أو مستخدم لديه فتلف الشىء بيد الرسول، فيسأل السارق عن عدم التنفيذ الحاصل بفعل ذلك الرسول .

ويستطرد « بازولا » قائلا أن (بارتان) على حق عندما قال أن العلاقة القانونية بين الدائن والمدين عبارة عن حق للدائن إذا كان هذا منظوراً إليه من ناحية شخص المدين ، والقانون إنما يعنى بهذا الحق الناتج عن قيام علاقة التزامية بينهما ، وإذا كان نشوء المسئولية طبقاً للمادة (١٠١) يغلب أن يأتى عن طريق علاقة التزام تعاقدية إلا أن هذا لا يمنع من دخول حالات أخرى تحت حكم هذه المادة .

ويذهب بازولا إلى القول بوجوب تطبيق هذا الرأى فى القانون الألمانى لأن لفظ (المدين «Le debiteur» يجب أن يشمل جميع الأشخاص الذين أصبحت لهم هذه الصفة بموجب العلاقة الالتزامية القائمة بينهم وبين الدائن ،

وذلك لأن المادة (٢٧٨) قد جاءت تحت فصل آثار الالتزام دون أن تختص بحالات الالتزام التعاقدى فحسب[١]

ويؤيد (فونك Funk) هـذا الرأى حيث يقول : أنه بحسب قيام رابطة الالتزام بين الشخص المسئول وبين المتضرر ، يمكن أن تطبق حكم المادة (١٠١) من القانون السويسرى ، ولا يشترط فى هذه الرابطة أن تنشأ عن عقد بل يمكن أن تنشأ مثلا عن الاثراء بلا سبب أو عن فعل ضار[٢] » .

ويمكن النظر بصورة جدية فى هـذا الذى أثاره هؤلاء الفقهاء فيما يخص نطاق تطبيق المواد (٢١٧ مصرى و ٢٧٨ ألمانى و ١٠١ سويسرى) وذلك بعد الذى جاء فى القانون المصرى الجديد من نص المادة ١٩٢[٣] فان هذا النص ليقيم المسئولية عن فعل الغير فى حالة الفضالة ، إذ تنص الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه : وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه دون إخلال لرب العمل من الرجوع مباشرة على النائب[٤] » .

فهل يمكن القول بأن هذا النص هو تطبيق للمادة « ٢١٧ » من القانون المدنى الجديد ؟ وما هى فى الواقع دلالة هذا النص ؟

وفى الحق أن وجود هذا النص ليثير من جديد النزاع الطويل الذى اشتد بين الفقهاء حول نطاق المسئولية ، وحول مصادرها ، وحول العلاقة بين هذه المصادر . ويثير التساؤل أيضاً عن طبيعة المسئولية فى هذه الحالة هل هى

---

(١) بازولا ص ٤٤ وما بعدها . ويؤيد هـذا الرأى فى ألمانيا الفقيهان Tuhr و Maag بالإضافة إلى oser et Fick . انظر نفس المرجع نفس الصفحة .

(٢) فونك — المرجع المشار إليه سابقاً ص ٨٥ وبازولا ص ٤٤

(٣) أخذ نص هذه الفقرة عن القانون الأسبانى المادة ١٨٩٠ ولم ينص القانونين الألمانى والسويسرى ولا القانون الفرنسى على هذه الحالة .

(٤) يؤخذ على المشرع المصرى استعماله للفظ النائب . فلقد سبق وأوضحنا أن النائب واحد من جملة الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين رليس هو الشخص الوحيد المسئول . وإذا كان ليس من المعقول القول بقصر المسئولية عن أفعال الغير على النائب وحده فقد كان من مقتضى ذلك أن يستعمل المشرع المصرى لفظاً يسع بحسب منطق القانون، الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين مسئولية عن فعل الغير .

مسئولية عقدية ؟ هل هى مسئولية تقصيرية ؟ أم هل هى مسئولية قانونية ؟

نستطيع أن نقرر دون أن نخوض فى معمعة الجدل الفقهى فى هذا الشأن ، أن هذا النص لا علاقة له بالمسئولية التقصيرية . وقد أشارت الأعمال التحضيرية للقانون الجديد إلى ذلك ، وقالت إن اشتراط التضامن بين الفضوليين جاء نتيجة لأن المسئولية ليست مسئولية تقصيرية . إذ لو كان الأمر كذلك لما كان المشرع فى حاجة إلى النص عليه ، وهذا ما يذهب إليه الأستاذ الدكتور السنهورى .

ونستطيع أن نقرر كذلك أن هذه المسئولية ليست مسئولية عقدية ، فالمسئولية العقدية تجد فى العقد مصدرها الفريد .

ولذلك لا مناص بأن نقول أن مصدر هذه المسئولية المباشر هو القانون ، فالقانون هو الذى يرتب الالتزامات مباشرة فى ذمة الفضولى ، وهو الذى يلقى على عاتقه عبء هذه المسئولية عن فعل الغير .

وعندى أنه إذا صح الأخذ بما يقول به بازولا من وجوب شمول المادة ١٠١ من القانون السويسرى والمادة ٢٧٨ من القانون الألمانى لأحوال المسئولية التى تنشأ عن مصدر آخر من مصادر الالتزام ، فإن هذا لا يمكن الأخذ به فى مصر بالنظر إلى صياغة المادة ٢١٧ حيث يبدو من ظاهر هذه المادة اقتصارها على حالات المسئولية الناشئة من الالتزام التعاقدى ، وهذا وجه آخر من أوجه قصور هذه المادة .

ونخلص من كل ذلك أن تطبيق المادة ٢١٧ لا يشمل أحوال عدم تنفيذ الالتزامات التى لا تجد فى العقد مصدرها[١] .

---

(١) وتوضح هذه المسألة ما سبق أن أشرنا إليه من أننا نعتبر وضع المسئولية العقدية عن فعل الغير أقرب إلى الضمان منه إلى أى وضع آخر ، وتؤيد ما قلناه من أننا من الذين يذهبون إلى رد مصدر المسئولية فى هذه الحالة على الخصوص إلى القانون مباشرة ، وتوضح كذلك ما سبق أن تعرضنا إليه من أن العقد وسائر مصادر الالتزام الأخرى عبارة عن « ظروف مناسبة » يجد الشارع فيها نفسه ملزماً ببيان أحكام المسئولية . فالمسئولية عقدية لأنها وجدت (بمناسبة) العقد وهى تقصيرية لأنها وجدت (بمناسبة) التقصير وهكذا الأمر فيما يتعلق بسائر مصادر الالتزام الأخرى .

الفرع الثانى

اشتمال العقد على التزام لم يتم الوفاء به

من المعلوم أن العقد قد ينشىء التزامات بعضها رئيس والبعض الآخر تبعى. ولا صعوبة فى أمر تحديد المسئولية العقدية عند ما نواجه التزاماً صريحاً فى العقد وظاهراً فيه ، أو حتى عند ما نكون أمام التزام تبعى ناشىء عن العقد ومتصل اتصالا ظاهراً بالالتزام الأصلى ، بحسب القواعد المكملة أو المفسرة لإرادة المتعاقدين ، أو بحكم قواعد العرف والعادة .

غير أن بعض العقود ، كعقد العمل أو كعقد النقل أثارت نزاعاً من حيث احتوائهما على التزامات تبعية وضمنية متضمنة سلامة العامل فى العقد الأول ، أو المنقول فى العقد الثانى . وهنا يتسع نطاق المسئولية العقدية عن فعل الغير أو يضيق بمقدار ماتتسع له هذه العقود من هذه الالتزامات أو بمقدار ماتضيق عنه .

يحدث هذا غالباً عند ما تقع حوادث تصيب أحد المتعاقدين بالضرر فى أثناء تنفيذ الالتزام التعاقدى أو بمناسبته . فهل يمكن اعتبار المتعاقد الآخر مسئولا قبل من ناله الضرر مسئولية عقدية ؟

كل المشكلة كما يقول الأستاذان « مازو » هى فى معرفة ما إذا كان هناك التزام بضمان سلامة المتعاقد فى ذات العقد أم لا[١] .

وقد بحثت مشكلة الالتزام بضمان السلامة فى عقود مختلفة كعقد النقل بنوعيه : نقل الأشياء ونقل الأشخاص وعقد العمل وعقد التعليم وفى عقود ألعاب التسلية وفى عقد الإقامة فى الفنادق والخانات وعقد العلاج الطبى وفى الجلوس فى المقاهى والاختلاف إلى دور السينما والملاهى . وقد اختلف الفقه والقضاء حول مضمون هذه العقود وهل تحتوى على التزامات بضمان السلامة أم لا : سلامة الأشخاص أو سلامة الأموال .

وقد فرغ من مسألة نقل الأشياء فأقرت التشريعات وجود هذا الالتزام بالضمان على الناقل .

---

(١) راجع مازو جـ ١ ص ١٥٧ وما بعدها .

وبالنسبة لعقد نقل الأشخاص استقر القضاء الفرنسى على وجود مثل هذا الالتزام ، وأصبح هذا أيضاً اتجاه القضاء والفقه فى مصر[١] .

أما فى عقد العمل فبعد صدور قانون العمل فى فرنسا لسنة ١٨٩٨ وقانون العمل فى مصر لسنة ١٩٣٦ أصبحت المناقشة تاريخية وأمكن اعتبار المسئولية مسئولية قانونية[٢] .

وظلت المحاكم فى فرنسا على اختلاف فيما يتعلق بعقود التعليم إلا أن الراجح فى فرنسا هو أن مسئولية المتعهدين بتعليم الأولاد فى المدارس وفى المعاهد عبارة عن مسئولية تقصيرية إلا إذا وجد عقد تعليم بأجرة[٣] .

وجرى القضاء الفرنسى فى ألعاب التسلية « Jeux forains » على نفس القاعدة .

وجرى أيضاً على اعتبار مسئولية أصحاب الفنادق والخانات عن الأضرار التى تلحق شخص النزيل ومسئولية الأطباء عن الأضرار التى تلحق المريض مسئولية عقدية .

أما فى مصر فالأحكام متضاربة فى هذا الخصوص ، وإن كان الفقه يميل إلى الأخذ بالمسئولية العقدية[٤] .

وتتضارب أحكام القضاء الفرنسى والمصرى فى مسئولية أصحاب المقاهى والمطاعم ودور السينما[٥] . والمسألة تحكمها بعد كل هذا وقائع كل دعوى . وهذا هو سر اضطراب الأحكام عند خلو النص من الإشارة إلى طبيعة المسئولية فى مثل هذه الحالات .

---

(١) راجع الوسيط هامش ص ٧٥٦

(٢) حل محله القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ .

(٣) راجع مصطفى مرعى ، المسئولية المدنية ص ١٦

(٤) راجع الوسيط ص ٨٩٣ وما بعدها . وراجع فى تفصل كل ذلك مازو حـ ١ ص ١٥٧ وما بعدها فى مسئولية الطبيب مسئولية عقـدية نقض فرنسى فى ١٨ / ١ / ١٩٣٨ سيرى ١٩٣٩ ـ ١ ـ ٢٠١ وفى ١٩٣٩/٩/٢٧ سيرى ١٩٤٠ ـ ٢ ـ ١٤٣٨ ونقض عرائض فى ١٩٤٦/١٠/٢٩ ، ١٩٤٦/١٢/١٢ جازيت دى باليه ١٩٤٧ ـ ١ ـ ٥٧ ونقض مصرى ٩٣٦/٥/٢١ وتعليق سليمان مرقس من مجلة القانون والاقتصاد السنة ٧ العدد الأول ص ١٥٥

(٥) راجع فى تفصيل ذلك ستيفانى ـ دروس فى المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية المرجع المشار إليه السالف الذكر ص ٦٠ وما بعدها . وفى النمسا حكمت محكمة فينا بأن صاحب المقهى لا يمكن ان يشبه صاحب الفندق من ناحية المسئولية عن أمتعة الزبون (جازيت المحاكم ١٩١١ ص ٢٢) .

ومن هنا يبدو ما لمسألة تحديد مضمون العقد ، وما يحتوى عليه من التزامات بضمان سلامة المتعاقدين من أثر فى تحديد أو تطبيق قواعد المسئولية العقدية .

ففى كل الأحوال التى يمكن فيها اكتشاف مثل هذا الالتزام فى عقد من تلك العقود ، يمكن النظر فى انطباق قواعد المسئولية العقدية عن فعل الغير عندما يرجع الفعل الضار الذى سبب الضرر بعدم تنفيذ ذلك الالتزام إلى فعل « الغير » ممن يسأل عنه المتعاقد . وعلى العكس إذا انتفى هذا الالتزام فى أحد تلك العقود فلا يمكن تطبيق قواعد المسئولية العقدية عن فعل الغير ، بل يجب الرجوع إلى قواعد المسئولية التقصيرية .

الفصل الثانى

الشرط الثانى

وجوب ارتكاب الغير للخطأ العقدى

مع تجرد المتعاقد نفسه من ارتكاب أى خطأ

قد يشترك فى عدم تنفيذ الالتزام

لقد أشرنا فيما سلف إلى أن ما يميز المسئولية العقدية عن فعل الغير عن المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى هو أن المسئولية الأولى تقوم مجردة من خطأ المتعاقد نفسه مبنية على خطأ الغير الذى يسأل عنه هذا المتعاقد. ولهذا السبب فإن الأخير لا يمكنه أن يتخلص من عبء تلك المسئولية بإثبات أنه لم يخطىء فى حالة ما إذا ثبت خطأ الشخص الذى يسأل عنه[1].

ونحب أن نلفت النظر هنا إلى أننا نقصد من اشتراط عدم ارتكاب المدين نفسه للخطأ التعاقدى هو أن يقع عدم تنفيذ الالتزام بفعل الغير. فنحن لازلنا نعتقد أن الخطأ فى المسئولية العقدية هو عدم التنفيذ فحسب. وإذا قيل بأن الاعتراف بهذا يؤدى إلى نفى المسئولية العقدية عن فعل الغير ما دام الخطأ هو مطلق عدم التنفيذ. إلا أننا نستطيع أن نرد بأن هناك فرقاً بين حصول عدم التنفيذ من قبل نفس المدين وبين حصوله من شخص آخر ممن يسأل عنه طبقاً لقواعد المسئولية العقدية عن فعل الغير.

فلو فرضنا أن زائرا للمستأجر أو صديقاً له قدم إليه فى بيته وأتى عملا أدى إلى الإضرار بالمأجور، فهل يسأل المستأجر طبقاً لمبدأ المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى أم يسأل على أساس المسئولية العقدية عن فعل الغير؟.

---

(١) راجع مقدمة الرسالة ص ٣٦ وما بعدها.

إننا لا نشك فى أن المستأجر يجب أن يسأل على أساس المبدأ الأخير .
أن حصول الاخلال بالالتزام على الصورة التى نراها فى هذا المثال تؤدى إلى وقوع عدم التنفيذ . ولكننا نرى أنها قد تقطع النسبة بين الضرر وفعل المدين ، ولا يمكن أن يقال دون قيام مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ، بمسئولية المدين العقدية على أساس من المواد التى يقوم عليها مبدأ المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى .

وقد بينا عند كلامنا على ماهية الخطأ أن معيار الرجل المتوسط الحرص يلعب دوره فى تقدير عناصر القوة القاهرة التى تجتمع فى عدم القدرة على توقع فعل الغير الذى يسبب عدم التنفيذ وفى عدم إمكان دفع الفعل عند وقوعه . وفى رأينا أن المدين المستأجر إذا ما حصل فعل الإخلال ، بحسب المثال الذى قدمناه ، قد لا يمكنه أن يتوقع على المعنى الفنى الدقيق للتوقع حصول هذا الفعل . وبالتالى قد لا يمكن اعتبار فعل الغير أجنبياً عنه ما لم يقف فى سبيل هذا مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير الذى بموجبه يفرض الضمان على المدين لمصلحة الدائن عن أفعال من تربطه معه علاقة معينة . وبهذا وحده يمكن القول باعتبار أفعال هؤلاء « الغير » الذين يسأل عنهم المدين كأفعاله الشخصية من ناحية تحقق المسئولية العقدية .

هذا مع الإشارة إلى أنه من الناحية العملية يظهر الفارق بين عدم التنفيذ الذى يقع من نفس شخص المدين ، وعدم التنفيذ الذى يقع من شخص آخر غيره على الأخص فيما يتعلق باشتراط الإعفاء من المسئولية الذى أشارت إليه المادة (٢١٧) بصراحة .

وإذا لم تكن الصعوبة ظاهرة فى عدم اشتراطنا لخطأ المدين كسبب للمسئولية ، فإن الصعوبة قد ظهرت بشكل جلى بالنسبة لاشتراط خطأ التابع أو خطأ الشخص الذى يسأل عنه المدين على وجه العموم .

ولذلك سنتكلم عن كل من هاتين المسألتين على انفراد .

أولا — عدم ارتكاب المدين للخطأ العقدى :

لا جدال فى أن المدين إذا ارتكب هو نفسه خطأ عقدياً فى تنفيذ الالتزام العقدى فإنه لا توجد ضرورة لبحث مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير إذ أننا فى الواقع نقف أمام مشكلة المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى كما سبق أن أشرنا إلى ذلك مراراً .

وقد يتحقق خطأ المتعاقد حينما يعهد بتنفيذ التزامه إلى الغير متجاوزاً ما ينص عليه العقد من عدم السماح له بذلك ، أو أن يخالف حكم القانون الذى يمنع رجوعه إلى الغير .

وقد يشترك المتعاقد بخطئه مع الغير الذى يساعده فى تنفيذ الالتزام إذا ما تعاونا سويا على تنفيذه . وقد يشترك المتعاقد فى الخطأ مع بديله إذا ما توقع منه حصول عدم التنفيذ ، أو إذا لم يراقبه مراقبة فعالة حازمة طبقاً لما يقتضيه واجب حسن النية ، أو بأن يعهد إلى أحد الأشخاص بتنفيذ الالتزام وهو لا يصلح لهذه المهمة .

ويحكم القضاء على الدوام بأن المستأجر وأصحاب الفنادق والخانات يسألون عن أفعال من ذكرناهم وأشارت إليهم المادتان السالفتى الذكر، حتى لو صح أنهم لم يتوقعوا ولا كان فى استطاعتهم أن يتوقعوا حصول الضرر بفعل من يسألون عنهم[1].

غير أن الأستاذين « مازو » حاولا كما سبق أن أشرنا إلى ذلك — أن يخرجا وضع مسئولية المستأجر عن أفعال من يوجدون فى منزله فيسببون عدم تنفيذ الالتزام بحفظ المأجور طبقاً للمادة (١٧٣٥ف/٥٨٣مصرى)، ووضع مسئولية أصحاب الفنادى والخانات عن أفعال المترددين على هذه المحلات طبقا للمادة (١٩٥٣ ف / ٧٢٧ مصرى) ، من نطاق المسئولية العقدية عن فعل الغير .

فيقول الأستاذان « مازو » أن هاتين الحالتين هما من حالات المبدأ العام

---

(١) راجع الدكتور سليمان مرقص رسالة القاهرة المرجع السالف الذكر ص ٤١٤

فى المسئولية عن الفعل الشخصى . حيث أنه يمكن للمستأجر أن يتوقع حصول الضرر بأفعال من يوجدون فى المحل المأجور . ويمكن لأصحاب الفنادق أن يتوقعوا حصول الضرر من أفعال المترددين على محلاتهم ، وأنهم بمراقبة حازمة منهم لهؤلاء يمكنهم أن يمنعوا وقوع تلك الأضرار[١].

على أن هذا الرأى لا يقوم — فيما نعتقد — على أساس سليم . ذلك لأنه يؤدى إلى الإفراط فى فهم معنى التوقع . وينبنى عليه إمكان القول بأن المدين فى كل الأحوال التى يرجع فيها إلى الغير ليساعده فى التنفيذ أو ليحل محله فيه ، يستطيع أن يتوقع حصول الضرر ، كما أشرنا إلى ذلك غير مرة .

ومن جهة أخرى قد يؤدى هذا القول من الناحية المنطقية على الأقل ، إلى براءة المدين وتخلصه من عبء المسئولية فى حالة ما إذا استطاع أن يثبت قيامه بواجب المراقبة الحازمة ، أو إذا استطاع أن يثبت عدم استطاعته توقع حصول الضرر بفعل من سببه ممن يسأل عنهم ؛ وهذا ما يخالف ما اتفق عليه من أنه لا يجوز مطلقاً للمدين أن يتخلص من عبء المسئولية . وينطبق هذا حتى على المواد الآنفة الذكر[٢] .

وقد يصح رأى الأستاذين « مازو » لو تصورنا إمكان القول باستطاعة المستأجر أن يتوقع — بالمعنى الفنى الاصطلاحى للكلمة — عندما يأتى لزيارته ضيف فى منزله ويشعل النار بإهمال فيه ، أن يحصل ما حصل !

غير أنه يمكننا أن نفسر بوضوح لماذا يصر الأستاذان « مازو » على اخراج هذين الوضعين من دائرة المسئولية العقدية عن فعل الغير . ذلك أنهما كانا قد أقاما مبدأ هذه المسئولية على أساس « النيابة » ، وأن الحالتين المشار إليهما فى المادتين السالفتى الذكر ، مما لا يسعفهما الأساس فيهما باصطناعه . ولهذا لجأ إلى إخراجهما من نطاق المسئولية العقدية عن فعل الغير .

---

(١) مازو : جزء ١ ص ٩٦٩ — ٩٧٠ نبذة ٩٧٦

(٢) حكمت محكمة النقض الفرنسية فى الدائرة المدنية بتاريخ ١٣ / ١٢ / ١٩٢٧ (داللوز ١٩٢٨ — ٩ — ٩٩) بأن المستأجر يكون مسئولا قبل المؤجر عن كافة الأضرار التى تنال المأجور ... حتى ولو كان المستأجر غير مستطيع أن يتوقع حصول الضرر بفعل أ[illegible]ل منزله .

ثانياً — خطأ الغير فى أثناء تنفيذ أو قيام الالتزام العقدى :

من جملة المسائل الشائكة التى كثر فيها الأخذ والرد مسألة تطلب الخطأ فى فعل الغير لقيام المسئولية العقدية قبل المدين .

هل يسأل المدين عند عدم تنفيذ التزامه التعاقدى بفعل الغير عن هذا الفعل مهما كانت صفته أم يشترط أن يكون فعلا خاطئا ؟ .

أشارت التشريعات التى ورد فيها النص العام الذى يحكم المسئولية العقدية عن فعل الغير إلى ضرورة خطأ التابع صراحة ولم يشذ عن ذلك سوى القانون السويسرى ، وهذا ما أثار بعض الجدل فى سويسرا .

ففى ألمانيا نصت المادة (٢٧٨) على أن المدين يسأل عن خطأ نائبه الشرعى وخطأ الأشخاص الذين يستخدمهم لتنفيذ تعهده كما لو كان ذلك تقصيره الشخصى (١) .

وتنص المادتان (٢٤٣) من قانون الالتزامات المراكشى و (٢٤٥) من قانون الالتزامات التونسى : على أن المدين يسأل بنفس الشروط التى يمكن أن يسأل عنها بسبب من خطئه الشخصى .

أما الوضع فى سويسرا فمختلف . فلقد كانت المادة (١١٥) من القانون المدنى السويسرى لعام ١٨٨١ تنص على اشتراط الخطأ فى فعل الغير صراحة كشرط لقيام مسئولية المدين العقدية : أن المدين يسأل عن الخطأ الذى يرتكبه أعضاء أعضاء أسرته الذين هم تحت سلطته وعن عماله ومستخدميه . . .

وعند ما نقح هـذا القانون بقانون الالتزامات السويسرى فى عام ١٩١٢ جاءت المادة (١٠١) على هذه الصورة : كل من يعهد ولو بصورة شرعية إلى معاونيه كأهل منزله أو مستخدميه بأمر تنفيذ تعهداته أو مباشرة حقوقه

---

(١) Lé debiteur doit repondre de la faute de son representant légal et de celle des persones dont il se sert pour l'exécution de son obligation dans la meme mesure que s'il s'agissait de sa faute personelle. "article 278." Code Allemand.

قبل مدينيه ، كان مسئولا قبل الطرف الآخر عما قد يقع من ضرر أثناء تأدية وظيفتهم ...

« والظاهر من هذا النص أن المادة الجديدة قد أسقطت من حسابها اشتراط خطأ التابع (الغير) كشرط لقيام مسئولية المدين . وهذا ما ذهب إليه كل من Oser و « Hertner »[١]. إلا أن بقية الشراح يذهبون إلى تفسير هذا النص طبقاً للمادة (١١٥) القديمة ومن هؤلاء « Schneinder et Fick »[٢] و « Maag »[٣] و « Von Tuhr » وهو أشد معارض للتفسير الذى قيل به من عدم اشتراط خطأ الغير . وهو يقول بأن الإسقاط جاء نتيجة لخطأ فى صياغة المادة (١٠١) وهو يتساءل قائلا : أن متعهد النقل الذى يعهد إلى سائقه أو تابعه بنقل البضاعة مثلا هل يسأل مسئولية مادية بقطع النظر عن الخطأ وجوداً وعدما فى حين أنه لا يسأل دون خطأ لو كان هو الذى قاد العربة بنفسه ، والطبيب الذى يحقن مريضاً بمخدر الكلوفورم لا يسأل إذا أثبت أنه لم يخطأ فنياً فى إعطاء الحقنة فلماذا يسأل عن الفعل غير الخطأ الذى يرتكبه مساعده إذا قام بنفس العملية ؟[٤] .

ويحاول « بازولا » الخروج من هذا المأزق الذى أدت أليه صياغة المادة الجديدة فيقول : أنه يمكن أن نوفق بين ما يريد « Von Tuhr » وبين النص الجديد وذلك عن طريق تقديرنا لعناصر فعل الغير تقديراً موضوعياً لا تقديراً شخصياً . ونسوق أدناه نص عباراته :

« فى الواقع يجب اعتبار أحكام كهذه خاطئة ومخالفة للعدالة[٥] ولكن هل لا يمكن اجتنابها فيما يتعلق بالنطاق الخاص لتطبيق المادة ١٠١ ألا بتطلب خطأ التابع ؟

يجب أن نجيب على هاتين المسألتين بالنفى .

---

(١) مشار إليهما فى « بازولا » ص ٨٨

(٢) المرجع المشار إليه سابقاً فى شرح المادة ١٠١

(٣) مشار إليه فى « بازولا » ص ٨٨

(٤) مذكور فى « بازولا » أيضاً ص ٨٨

(٥) الأحكام غير العادلة هى ما أشار إليها فون توهر بصدد مسئولية المدين عن الأفعال المادية للتابع دون اشتراط الخطأ فيها ، والأمثلة التى قدمها فى مسئولية كل من الناقل والطبيب التى أشرنا إليها أعلاه فى المتن .

إن المبدأ الذى يضعه فون توهر "Von tuhr" والذى يقضى بألا مبرر لمساءلة المدين عن فعل التابع إذا كان هذا الفعل لو ارتكب بواسطته هو لما أدى إلى مسئوليته . « إن هذا المبدأ كما سنرى لاحقاً ليس مما يتنافر على الإطلاق والمادة المذكورة ، وإنه لا يشترط لتحققه بالضرورة اشتراط خطأ التابع كشرط لقيام مسئولية المدين .

ولنلاحظ أننا بربطنا للمسئولية بتطلب خطأ من جانب التابع إنما نقر بالتالى عدم مسئولية المدين فى كل الأحوال التى يبدى فيها التابع عناية عادية فى انجازه الالتزام . وأن تقدير هذه العناية يجب أن يقوم على أساس قواعد موضوعية تأخذ بنظر الاعتبار ليس فقط الفعل الذى كان موضوع التنفيذ وإنما — وهذا ما نحب أن نستنتجه — مهنة ومعلومات التابع أيضاً ، كما أن لأهلية التمييز عند التابع أهمية أخرى من وجهة النظر الموضوعية ، عند البحث فى قيام مسئولية المدين .

والخلاصة أن المسألة فى معرفة ما إذا كان هناك خطأ فى جانب التابع يجب أن يتحقق منها بالنظر إلى ظروفه الشخصية فقط . وينتج من هذا أنه يمكن فى بعض الأحوال القول بعدم ارتكاب التابع للخطأ عند تنفيذ الالتزام وبقيام مسئولية المدين رغماً عن ذلك ، لأنه لو كان نفسه هو الذى قام بالتنفيذ لما ارتكب ما ارتكبه التابع نظراً للفارق بينهما فى الأهلية والتمييز .

وبالتالى فقد يبدو القول بأن المدين لا يسأل إلا عن خطأ التابع أشد على الدائن فى بعض الأحوال ، لأنه قد يؤدى إلى وضعه ، فى الحالات التى يوجد الفارق بين أهلية التابع والمدين ، فى وضع أسوأ إذا ما حصل التنفيذ بفعل التابع ، مما لو حصل التنفيذ بفعل المدين .

ويستطرد بازولا إلى القول « بأن هذه النتيجة التى استنتجتها لا يمكن أن تكون مخالفة للعدالة » . ولكنه يرى مع ذلك أن فى محاولة التخلص منها ، باشتراط الخطأ فى فعل التابع ، لا يصل المرء أيضاً إلى قاعدة خرقاء "absourde" . ولذلك فهو يرى تطبيق مانصت عليه المادة ١٠١ طبقاً للمبدأ القائل بأنه

ـ فى الأصل ـ ما من براءة تصيب التابع محكومة طبقاً لظروفه الشخصية الخاصة به وحده ، يمكن أن يستفيد المدين منها شيئاً[١] .

أما فيما يتعلق بالحالة فى القانون الفرنسى فقد اختلف رأى الفقهاء فى ذلك . ذهب الأساتذة بيكيه وريبنو وأميو "Amiot" و "Meignié" وساورك[٢] وبران "Brun" إلى القول بكفاية فعل الغير مهما كانت صفته لقيام مسئولية المدين العقدية .

ويشترط الأساتذة « مازو » وديموج وبلانيول وربير واسمان وبهجت بدوى ودى فور وفرارا "Farrara"[٣] قيام فعل الغير الخطأ لنشوء هذه المسئولية .

وفى الحقيقة أن نصوص القانون المدنى الفرنسى لم تساعد على حل هذه المسألة . فالمادة (١٢٤٥) تتطلب « خطأ » الغير كشرط للمسئولية العقدية عن فعل الغير ، والمواد ١٧٣٥ ، ١٧٩٧ ، والمادة ٩٤ من القانون التجارى وكذلك المادة ٢١٦ من هذا القانون تتكلم عن « فعل » المعاون والمستخدم والناقل والوسيط والربان .

ويقول بيكيه « نحن نميل إلى الاعتقاد بأن المدين يسأل حتى عن أفعال المستخدم والمعاون l' auxiliaire غير الخطأ ، فإن أفعال هؤلاء لا تعتبر حوادث فجائية بالنسبة للمدين ، لأن الفعل مهما كانت صفته ليس فعلا أجنبياً بالنظر لهذا الأخير , وذلك طبقاً للمادة ١١٤٧ من القانون الفرنسى . وهو ما يوافق عليه ساورك أيضاً والدكتور سليمان مرقص وحسين عامر[٤] .

---

(١) بازولا ص ٨٨ ـ ٨٩

(٢) سأورك ص ١١٣ وما بعدها . بيكيه ٣٠٣ وريبنو ص ٨٥ وبران ص ٤٦ وآميو ص ١٠٣ وما بعدها . والدكتور سليمان مرقص رسالة القاهرة ص ٤١٥

(٣) مشار إليه فى بيكيه ص ٣٠٦ ومازو ص ٩٧٧ جزء ١ ط ٣ وديموج جزء ٤ ص ٦٣٣ وبهجت بدوى رسالة باريس ص ١٨٠ . وفى مصر يظهر أن الدكتور السنهورى من هذا الرأى أيضاً . انظر الوسيط ص ٤٦٩ بند ٤٣٣

(١) ـ أروك ص ١١٣ وما بعدها وسليمان مرقص : نظرية دفع المسئولية المدنية المرجع المشار إليه سالفاً ص ٤١٦ وحسين عامر المرجع اشار إليه سالفاً ص ١٩١

على أننا لا نحاول أن نعيد الكرة هنا، ونكتفى بالإحالة إلى ما قلناه فى الرد على هذه النظرية عند كلامنا فى الأساس القانونى للمسئولية العقدية عن فعل الغير[١] فنحن وإن اتفقنا مع هؤلاء الشراح فى النتيجة إلا أننا نخالفهم فى التعليل.

أما «رينو» فيقيم وجهة نظره على أساس نظريته فى الضمان الضمنى. فبما أن المدين قد ضمن أفعال الغير فإنه يلزم أن يكون قد ضمن هذه الأفعال ضماناً كاملا تاماً ولذلك يسأل عن هذه الأفعال حتى عن تلك التى سلمت من الخطأ[٢].

ويرى بران "Brun" أن المدين قد تحمل التبعة العقدية، وتحمل تبعة فعل الغير. فيجب أن يسأل إذن عن جميع أفعال هذا الأخير[٣].

ولقد أقمنا الدليل عند كلامنا عن الأساس القانونى على خطأ تفسير المادة ١١٤٧ من القانون الفرنسى على نحو ما فسرت به، وقلنا إن من شروط إن من شروط المسئولية العقدية توافر ركن الخطأ كركن أصيل فيها، وبما أن المسئولية العقدية عن فعل الغير فرع منها فيجب أن يتوافر فيها ركن الخطأ، وأننا إذا كنا قد ألقينا على المدين ضمان خطأ الغير، فاننا لم نجرد المسئولية العقدية عن فعل الغير من ركن الخطأ، وهذا لا يقدح بالطبع من اشتراط ارتكابه من قبل الغير الذى يسأل عنه المدين.

أما القول بتحميل المدين لتبعة العقد، فيبدو لنا أنه كلام لا معنى له على الإطلاق، على الخصوص فى كل التشريعات التى لا تأخذ بنظرية عامة فى المسئولية العقدية عن فعل الغير، والتى لا تأخذ بنظرية عامة فى تحمل التبعة. بيقى القول بالضمان. وأنه وإن بدا من الصواب القول بأن المدين قد ضمن أفعال الغير فى المسئولية العقدية عن فعل الغير، إلا أن هذا الضمان كما بينا ليس ضماناً تعاقدياً

---

(١) راجع الكتاب الأول ص ٨٣ وما بعدها.
(٢) رينوه المرجع المشار إليه سالفاً ص ٨٤ — ٨٥
(٣) بران ص ٤٦ المرجع المشار إليه.

بل هو ضمان قانونى . والقانون نفسه هو الذى يحدد طبيعة هذا الضمان ومداه ونطاق شموله، والقانون الألمانى قد نص صراحة وهو يضع المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير على اشتراط ركن الخطأ فى هذه المسئولية .

ويؤيد الأستاذان « مازو » اشتراط ركن الخطأ فى المسئولية العقدية عن فعل الغير ، وقد ذكرا بأن المشرع الفرنسى يستعمل اصطلاح « فعل » المدين واصطلاح « خطأ » المدين فى معنى واحد هو المعنى الأخير ، ولكنهما من جهة أخرى قد حاول رفع التناقض بنظرية تقسيم الالتزامات إلى التزامات بنتيجة والتزامات بوسيلة .

أما فيما يتعلق بالوضع فى القانون المدنى الجديد فإن النص الذى جاء بشيراً بميلاد مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير فى القانون المصرى ، لم يكن مع الأسف إلا نصاً يعرض للمبدأ عن طريق التفسير بمفهوم المخالفة ، ولذلك لا يمكن الرجوع إليه فى حكم قطعى فى هذه المسألة اللهم إلا إذا أخذنا بالمفهوم المخالف كما هو فيمكننا القول بأن القانون يشير إلى اشتراط الخطأ كركن فى هذه المسئولية[١] .

ويلاحظ أنه يمكن القول بأن الدكتور السنهورى يذهب مذهب مازو فى هذا الخصوص عند تفسيره للنص المذكور[٢].

وعندى أنه إذا فرغنا من بحث مشكلة التنفيذ العينى حتى فى حالة عدم حصول التنفيذ بفعل الغير ، ولم يمكن مع ذلك الوصول إلى التنفيذ بشكل ما وتحددت المسألة بالتعويض — فحسب . فهنا يجب أن نقرر أن المسئولية العقدية عن فعل الغير إذا كانت استثناء من المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى، فان هذا الاستثناء هو استثناء يتيم وفريد يتحدد بناحية واحدة : هى عدم اشتراط الخطأ فى جانب المدين نفسه . وهذا لا يقدح فى ضمان المدين لأخطاء — الغير —

---

(١) يقول نص المادة ٢١٧ على أنه يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه .

(٢) الوسيط ص ٦٧١ نبذ (٤٣٥)

فحسب . على أن لا يؤخذ هذا الشرط كقاعدة جامدة كما يقول (بازولا) . وفى الحق ما قدمه بازولا ليصح معياراً يمكن أن يحدد من قيمة اشتراط الخطأ من ناحيه ، ويمكن أن يحدد كذلك من إفراط من يذهب إلى وجوب مسألة المدين عن أفعال الغير بصفة مطلقة .

فنحن نشترط إذن أن يرتكب الغير الخطأ . ولكن ما هو هذا الخطأ الذى يلزم أن يأتيه الغير كشرط لقيام مسئولية المدين العقدية .

ما من شك بعد فى أن خطأ الغير يجب أن يقاس بنفس المقياس الذى يقاس به خطأ المدين نفسه .. وما خطأ الغير فى هذه الحالة سوى عدم تنفيذه للالتزام الذى ارتبط به المدين لصالح الدائن . وإذا ما حصل عدم التنفيذ ، فقد وقع الخطأ الذى تنشأ على أساسه المسئولية العقدية عن فعل الغير . ولا يمكن للمدين يتخلص من عبء المسئولية إلا إذا أثبت انقطاع النسبة بين فعل ذلك الغير وبين الضرر الذى أصاب المدين ، وذلك عن طريق إثبات السبب الأجنبى .

وينبنى على ذلك أنه إذا فقد التابع العقل فى أثناء تنفيذه للالتزام ، وأدى هذا إلى عدم التنفيذ أو إلى سوء هذا التنفيذ ، فلا يمكن أن يسأل المدين عن فعل هذا الغير ، لأنه لا يمكن — مسائلة المدين نفسه فى هذه الحالة لو كان هو الذى قام بالتنفيذ وأصابه ما أصاب الغير .

وكذلك الأمر فيما لو كان (الغير) يتصرف فى حدود الدفاع الشرعى فلا يسأل المدين عن عدم التنفيذ . فإذا كان مساعد المدين قد أتلف شيئا مملوكا للدائن ليدفع خطراً حالا عن نفسه قد يصيبه ، فلا يمكن أن يحكم على المدين بتعويض لحساب الدائن المالك . ويقدم (بازولا) هذا المثال : صاحب محل لأدوات الموسيقى سلم إليه (كمان) ثمين لتصليحه ، فاستخدم عاملا لذلك وأرسله إلى صاحبه معه . اضطر العامل إلى كسر الكمان ، وذلك فى أثناء دفاعه عن نفسه ضد قاطع طريق . فلا يمكن أن تثور هنا مسئولية المتعاقد قبل المالك عن فعل العامل (١)

(١) راجع بازولا ص ٧٤ وما بعدها المرجع المشار إليه سالفاً .

ولكن قد يطرأ على هذا الرأى فى الحياة العملية ما يخفف منه . ومثال ذلك ما لو تعاقد — شخص أقام فى داره ، احتفالا ، بمناسبة ما ، مع صاحب محلات للحلوى على أن يورد له فى هذه المناسبة مقداراً منها . أرسل صاحب المحل الأشياء المطلوبة فى الوقت المحدد . وبعد أن حسب حساب كل شىء لكى تصل فيه مع عامل من عمال المحل . فى الطريق إلى دار المحتفل أبصر عامل المحل شخصاً غريقا يجاهد فى سبيل النجاة فترك المحمولات جانبا وأنقذ الغريق وسار فى طريقه نحو الاحتفال فبلغ الدار بعد فوات الأوان . أقام المتعاقد دعوى ضد صاحب المحل الحلوانى يطالب — بالتعويض عن التأخير الذى فوت عليه فائدة التنفيذ . لا أعتقد أن أحداً يستطيع القول بمسئولية الحلوانى عن التعويض فى هذه الحالة إلا إذا أراد أن يركب متن التصعيب .

وقد يميل بعض الفقهاء إلى اعتبار مثل هذه الحالة من بعض حالات القوة القاهرة الأدبية .

الفصل الثالث

الشرط الثالث

ان يعهد المدين إلى الغير بتنفيذ الالتزام

أو أن يمارس هذا الغير حقاً من حقوق المدين

برضاه الصريح أو الضمنى

أن الوضع الطبيعى الذى تقوم فيه مسئولية المدين عن غيره من الأشخاص ، يكون عندما يعهد المدين إلى أحد الأغيار أمر القيام بتنفيذ الالتزام بدلا عنه ، أو عندما يستدعى أحد الأغيار لمساعدته فى تنفيذه .

وتقوم هذه المسئولية أيضاً عندما تؤدى ممارسة الغير لحق من حقوق المدين التى اكتسبها بالعقد ، إلى الاخلال بالالتزام الذى ألقى على عاتق هذا الأخير فى نص العقد مصاحبا لاستمتاعه بحقوقه العقدية التى مارسها الغير .

ونصوص مختلف التشريعات ، فيما يتعلق بتطبيقات مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ، تشير إلى هذا الذى قلناه ، بالإضافة إلى مايشير إليه النص العام إلى على هذا المبدأ فى التشريعات التى أوردت مثل هذا النص . (نصوص المواد ٢١٧ مصرى و ٢٧٨ قانون المانى و ١٠١ من القانون السويسرى) .

وإذا كان القانون السويسرى قد أشار إلى حالة ممارسة الغير لحق المدين واثباته مسئولية المدين العقدية فيها . فإن التشريعات الأخرى أوردت هذا الحكم فى فى نصوص متفرقة منها[1] .

وعلى العموم يمكن الأخذ من مجموع النصوص القانونية التى تتعلق بمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ، القول بمسئولية المدين عندما يتدخل الغير فى

---

(١) راجع فى تفصيل هذه المواد الباب الثالث فى الحدود الداخلية لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير من حيث الأشخاص الباب الثالث من هذا الكتاب .

تنفيذ الالتزام الذى نشأ بين المدين والدائن ، متى ما كانت لهذا الغير علاقة قانونية تربطه بالمدين خاصة بموضوع الالتزام .

وعلى هذا يمكن أن يخرج بهذا الشرط جميع الأشخاص الذين يحشرون أنفسهم فى العلاقة القائمة بين الدائن والمدين دون أن يستدعيهم هذا الأخير للتدخل : ودون أن يكون لهؤلاء الأشخاص أدنى علاقة قانونية تربطهم بالمدين فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام التعاقدى .

ولذلك فلا يسأل المدين طبقاً للمبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير، عند ما يتدخل أحد الأشخاص من تلقاء نفسه فى تنفيذ الالتزام . على أن هذا لا يخل مبدأ آخر يقضى — بجواز قيام مسئولية المدين الشخصية إذا أقيم الدليل على أنه كان يستطيع أن يمنع هذا التدخل ولم يفعل .

فلو اعتدى أحد ركاب القطار على أحد المسافرين . لا يمكن أن تقرر مسئولية شركة السكك الحديد عن فعل هذا المسافر .

ولو وضع أحد الأغيار المتعاقد من تنفيذ التزامه المتعاقدين بالقوة لتهفتت مسئولية هذا الأخير قبل المتعاقد الآخر .

وقد حكم بأن صاحب الفندق ، إذا ما اتخذ كافة الاحتياطات اللازمة فى الرقابة لحماية أورواح النزلاء ، فلا يسأل مدنيا عن فعل القتل الذى ارتكبه أحد النزلاء بأن قتل نزيلا آخر وذلك بسبب حالة القاتل النفسية[1] .

ويستند القول فى اعفاء المدين المتعاقد من المسئولية فى حالة تدخل الغير الطارىء ، على أساس أن هذا التدخل الطارىء يمكن اعتباره صورة من صور القوة القاهرة التى تبرىء المدين من المسئولية[2] .

ويمكن أن يثير اشتراط هذا الشرط بعض الملاحظات . ما الحكم فى

---

(١) محكمة استئناف مصر فى ١٨٩٧/٣/١٧ الجريدة القضائية ١٨٩٧ ج ٩ رقم الحكم ٤٢

(٢) راجع "Ciovanali" القوة القاهرة وسالة جنيف ص ١٢٩ ومازو ج ١ ص ١٢٨ الطبعة الثالثة والسنهورى الوسيط ص ٦٦٦ وما بعدها وراجع من أحكام القضاء الفرنسى نقض عرائض فى ١٩٢٩/٨/١٨ دالوز ١٩٣٠ — ١ — ٢٥ ومحكمة استئناف باريس فى ١٩٤٣/٣/٢٣ الجاريت دى باليه ١٩٤٤ — ١ — ١٤٢ .

حالة ما لو قبل المتعاقد الآخر تدخل الغير فى تنفيذ الالتزام ، وأدى هذا التدخل إلى عدم التنفيذ ؟ يمكن الرد على هذا التساؤل بالقول بأن المسألة تحكمها وقائع كل قضية بعينها . هل أن نية المتعاقدين إنما تنصرف إلى إعفاء المدين من ضمان فعل المتدخل على أساس قبول الدائن لهذا التدخل . أم لم تنصرف ، ولا يزال فى حسبان المتعاقدين أن يظل المدين نفسه ضامنا لفعل المتدخل[١] .

---

(١) راجع حكم محكمة رين فى ١٨٧١/٦/٥ سيرى ١٨٧١ — ٢ — ١٧٥ .

الباب الثانى

الحدود الداخلية للمبدأ العام فى المسئولية العقدية

عن فعل الغير من حيث الموضوع

المجال الطبيعى لتطبيق مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير هو أثناء قيام العقد وفى أثناء تنفيذ الالتزام التعاقدى . فيسأل المدين عن نفس عدم تنفيذ الالتزام الذى ألقى على عاتقه بالعقد ، والذى يكون السبب فيه أحد الأشخاص الذين يمكن أن يسأل عنهم كما سنوضحهم فى الفصل التالى .

فإذا أرسل المدين بضاعة معينة متفقاً عليها إلى العميل ، فإن المدين يسأل بالطبع عن التلف الذى يصيب هذه البضاعة بفعل مستخدمه فى أثناء نقلها إلى جهة العميل .

أو إذا عهد ترزى إلى عماله ببدلة يجهزها لحساب زبون له فأتلفوا القماش سئل الخياط عن هذا قبل مالك القماش .

وكذلك إذا باع شخص عربة معينة بالذات فأرسلها له بيد أحد الأشخاص يسوقها إليه ، فسرق السائق العربة .

وهكذا فى جميع هذه الصور لا صعوبة فى تصور قيام مسئولية المدين . وقد لا يصل الأمر فى عدم التنفيذ إلى عدم التنفيذ الكلى ، بل قد يكون هذا جزئياً ، أو قد يتعذر تنفيذ الالتزام المعهود إلى أحد الأشخاص على صورة صحيحة ، فسوء التنفيذ كعدم التنفيذ الجزئى أو الكلى قابل لشغل مسئولية المدين ما دام هؤلاء الأشخاص الذين يستدعيهم المدين لتنفيذ التزامه ، أو الذين ، يمارسون حقاً من حقوقه برضاه الصريح أو الضمنى ، قد أخلوا بالتنفيذ وهم فى حدود تنفيذ الالتزام بالذات .

لا صعوبة فى شغل المدين بالمسئولية كما قلنا ، ولا يختلف فى ذلك الأمر سواء أكان فى التشريعات التى جاءت بنص عام بحكم المسئولية العقدية عن فعل الغير ، أو فى التشريعات التى وردت فيها نصوص خاصة تطبق فيها هذه المسئولية . ويؤيد القضاء فى كل هذه التشريعات هذا الاتجاه .

ولا صعوبة كذلك — من الناحية الثانية — إذا خرج الشخص الذى يستدعيه المدين لتنفيذ الالتزام عن حدود الوظيفة التى عهدت إليه من قبل هذا الأخير فيما يتعلق بذلك التنفيذ . أو إذا خرج الشخص الذى يمارس حقاً من حقوق المدين فى الإضرار بالدائن إلى ما لاعلاقة له باستعمال الحق المذكور .

فإذا أرسل متعهد للتصليحات الكهربائية عاملا من عماله إلى بيت عميل له لغرض إصلاح جهاز كهربائى مثلا . وفى أثناء ذهابه إلى البيت دهس بسيارته العميل فسبب له إصابات ما . هنا لا علاقة لفعل التابع الذى سبب الضرر بالمأمورية التى عهدت إليه فى بيت العميل .

وكذلك مما يخرج من حدود تطبيق قواعد المسئولية العقدية عن فعل الغير فيما إذا اعتدى ابن للمستأجر على المؤجر نفسه فى الطريق العام مما لا علاقة له بوجوب المحافظة على المأجور الذى هو من التزامات المستأجر .

على أن الصعوبة قد تظهر بوضوح فيما جاوز حدود التنفيذ نفسه ، مما قد يقع بمناسبة هذا التنفيذ من أفعال هؤلاء الأشخاص . ففى المثال الذى سقناه عن عامل الكهرباء ، لو أن هذا العامل جاء إلى دار العميل ليصلح جهاز الراديو مثلا ، وفى أثناء ذلك ألقى برعونة وعدم تبصر بعقب سجارته إلى الأرض مما أدى إلى إحراق سجادة وأثاث مملوك لذلك العميل . ما هو الحكم فى هذه الحالة ؟ وهل يسأل متعهد الكهرباء مسئولية عقدية عن فعل عامله هذا الذى أدى إلى الضرر ووقع بمناسبة تنفيذ الالتزام ؟

وكذلك الأمر فيما يتعلق بأحد اتباع المستأجر لو ضرب المؤجر فى المحل المأجور بالذات . ما وجه المسئولية هنا قبل المستأجر المتبوع ؟

يختلف الرأى فى كل من ألمانية وسويسرا وفرنسا على الحل الواجب الاتباع ولذلك فسنعالج وضع المشكلة فى كل من هذه البلدان على انفراد .

الفصل الأول

المسئولية العقدية عن فعل الغير بمناسبة التنفيذ

فى القانون الألمانى والقانون السويسرى

الفرع الأول

المشكلة فى القانون الألمانى

لقد نوقشت هذه المسألة طويلا فى ألمانيا كما يقول « بازولا » وزاد من خطورتها هناك — وفى سويسرا كذلك — أن المسئولية التقصيرية عن فعل الغير فى كل من القانونين الألمانى والسويسرى تتهافت أمام دليل انتفاء خطأ المتبوع طبقاً للمادة (٨٣١) من القانون الألمانى والمادة (٥٥) من قانون الالتزامات السويسرى .

ذهب قسم من فقهاء الألمان ومنهم «Endemann, «Rumeilin إلى أنه بالرجوع إلى نفس صيغة المادة ٢٧٨ من القانون الألمانى يمكن القول بقيام مسئولية المدين العقدية عن كل الاضرار التى يرتكبها التابع مهما كانت ،وبعبارة أخرى يمكن القول بوجوب تحقق مسئولية المدين عن جميع مخاطر استخدامه لتابعيه .

ويستند هؤلاء الفقهاء إلى أنه بعد سلسلة من المقترحات حول صياغة نص المادة (٢٧٨) انتهى الرأى إلى حذف عبارة (أثناء تأدية وظيفته ansechung des Erfüblung) منها . فلم تعد هـــذه المادة تشترط وجود رابطة متينة «étroite» بين الفعل المؤدى إلى الضرر والتزام المدين ، وذلك على عكس ماتشترطه صراحة المادة ٨٣١ الخاصة بوضع المسئولية التقصيرية عن فعل الغير من وجوب أن يكون الضرر الذى يحدثه التابع حاصلا فى أثناء تأدية وظيفة . ويستند هؤلاء الفقهاء إلى حجة أخرى وهى أنه بالرجوع إلى الأسباب والضرورات

الاقتصادية التى تحكم مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ، نجد أنها تحتم قيام مسئولية المدين عن جميع مخاطر استخدامه للتابع .

غير أن غالبية الفقه الألمانى ويمثلها Nussbaum, Schallmeyer, Aerth-umann, Weirthmeirr, "Enneccerus" تذهب إلى وجوب تحديد مسئولية المدين عن فعل تابعه ، وقصرها على حالة نفس عدم تنفيذه الالتزام الذى قام به الأخير بدلا عن المدين . ويذهب هذا الفقه إلى القول بعدم مسئولية المدين العقدية عن أفعال التابع التى تصيب الدائن بالضرر إلا إذا أمكن اعتبار المدين نفسه مسئولا عنها لو قام هو بارتكابها فى أثناء تنفيذه لالتزامه التعاقدى .

ويأسف أنصار هذا الرأى على حذف عبارة « أثناء تأدية وظيفته » من نص المادة ٢٧٨ غير أنهم يردون على مايراه أنصار الرأى الأول بنص المادة ٤٥١ من قانون التجارة الألمانى الذى يقضى بمسئولية مجهز السفينة عن أفعال هيئة الملاحة فى (أثناء تأديتهم لوظيفتهم) .كما يستندون أيضاً إلى نفس موضع المادة ٢٧٨ فى القانون الألمانى حيث يجىء فى القسم الذى بحثت فيه المسئولية عن عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى .

ويقول : Redieh

أنه بالرجوع إلى القوانين المقارنة نجد أن الأمر محسوم فيها تماماً. فالمسئولية العقدية عن فعل الغير لا تثور فى القضاء الإنجلو أمريكى إلا فى حالة ما إذا كان التابع يعمل "With the scope of engagement" وكذلك الأمر فى قانون بافاريا والقانون البروسى[١] ويؤيد قضاء المحكمة الامبراطورية فى ألمانيا اتجاه هؤلاء الفقهاء[٢]. ويساهم بيكيه كذلك فى تأييد هذا الاتجاه بالقول أن هذا الحكم يبدو معقولا جداً لأنه لا يمكن أن يكون وضع المدين أكثر خطراً عليه مما لو قام هو بنفسه بتنفيذ الالتزام التعاقدى[٣] .

---

(١) تراجع فى بحث هذه المشكلة بازولا ص ٧٨ وما بعدها وسأروك ص ١٧٧ .

(٢) راجع أحكام المحكمة الامبراطورية العليا فى ألمانيا المشار إليها فى بازولا ص ٧٨ .

(٣) بيكيه ص ٣٠٣ وما بعدها .

الفرع الثانى

الوضع فى القانون السويسرى

أما فيما يتعلق بالقانون السويسرى فإن المادة ١١٥ القديمة لم تشر إلا إلى الأخطاء التى قد يرتكبها التابع فى أثناء تأدية وظيفته أو خدمته "dans l'exereice de leurs fonctions ou emplois" وبحسب مايرى جيسلر "Gysler" أن الخطأ التعاقدى لا يمكن طبقاً لطبيعته أن يحصل إلا إذا تعلق فعل الإخلال بمضمون الالتزام ، وفيما يخص الدائن فحسب .

وبالاتفاق مع دوبلان «Duplin» يقول جيسلر : إنه لأجل أن نفرق بين الحالات التى تنطبق فيها المادة ١١٥ وبين تلك التى تنطبق فيها المادة ٦٢ (المماثلة للمادة ٥٥ من قانون الالتزامات السويسرى لعام ١٩١٢) الخاصة بالمسئولية التقصيرية عن فعل الغير : « يلزم قبل كل شىء أن نتساءل فيما إذا كان الخطأ الحاصل بفعل التابع متعلقاً بالالتزام أو التعهد المتفق عليه . وأنه لأجل قيام إمكانية تطبيق المادة ١١٥ يلزم أن نفحص فى كل حالة بعينها الغرض من الالتزام وهل تحقق بالرغم من فعل التابع ، أم لم يتحقق . وبما أن قانون الالتزامات السويسرى يحمى المصاب فى كل من الحالتين العقدية والتقصيرية جميعاً ، فإنه من المناسب أن يلاحظ الفرق الذى أشرنا إليه أعلاه فيما يتعلق بنص المادتين المذكورتين ، وأن يفحص غرض الالتزام الذى لم ينفذ وأن يفحص تحقق هذا الغرض من عدمه للوصول إلى تطبيق إحدى المسئوليتين[1] .

أما بازولا فيقول إنه فيما يتعلق بالقانون الجديد الذى يستخدم فى المادة ١٠١ صيغة أكثر عمومية وشمولا ، حيث تنص هذه المادة على أن المدين يسأل عن الضرر الذى يسببه تابعيه فى أثناء عملهم ، فإن القول الفصل هو وجوب قيام مسئولية المدين عن كل الأفعال التى تتعلق بتنفيذ التزامه أو بالتحضير لهذا التنفيذ . ويستطرد بازولا إلى أنه فى الواقع ، وفى الحالتين جميعاً : حالة المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، يجب القول بتحقق المسئولية عن كل عمل من أعمال

---

(١) راجع فى بيان رأى جيسلر بازولا ص ٧٨ وما بعدها .

التابع إذا كان هذا العمل داخلا فى حدود وظيفته . أى أنه يشترط لقيام المسئولية عقدية كانت أم تقصيرية ، أن يكون فعل التابع من النتائج المباشرة للعمل المعهود إليه إنجازه .

ويقول بازولا هل للمرأ أن يتساءل فيما إذا كان هناك تشابه تام من هذه الوجهة بين المادتين ١٠١ و ٥٥ من قانون الالتزامات السويسرى. ويجيب بازولا على ذلك بالنفى . ويقول « وعندنا أنه يجب بحث وجه الخلاف من هذه الوجهة بين حالتى المسئولية . ذلك الخلاف الذى هو النتيجة المنطقية للاعتبارات التى أملت على المشرع إيجاد هذين النوعين من المسئولية . إن المسئولية التقصيرية فى المادة ٥٥ تقوم على أساس من أن المتبوع يوسع من فرص نشاطه باستخدام التابع ، ويغلب تبعاً لذلك أن يصبح نشاط التابع مصدر خطر الغير ، وإذا كان هذا المتبوع قد استخدم لمصلحته الخاصة عمالا يساعدونه فى عمله ، فمن العدل أن يسأل فى مواجهة الكافة عن الخطر الذى يسببه هؤلاء للكافة .

أما أساس المسئولية العقدية عن فعل الغير فيقوم على نفس الاعتبارات المشار إليها ما عدا كون أن الخطر الذى قد يتحقق بفعل التابع لا يصيب إلا الدائن، وذلك عن التنفيذ القاصر أو السىء للالتزام الذى تعهد المدين بالقيام به ، أى عن الضرر الذى يصيبه عن عدم تنفيذ الالتزام . وإذا كان المشرع قد افترض فى المادة ١٠١ قيام قرينة على الضمان القانونى ، فإنه لم يكن ليستطيع فرضها إلا على ما تعلق بكفاءة التابع وقابليته لتنفيذه الالتزام أو على الحيطة والتبصر اللازمين لهذا التنفيذ .

وهذه الاعتبارات يجب أن تحملنا على الاقتناع بأن عدد الأفعال الضارة التى تدخل فى نطاق أداء التابع لوظيفته تكون أضيق فى حالة المسئولية العقدية عن فعل الغير عن تلك التى تقوم على أساس نص المادة ٥٥ .

وإذن إذا وقعت أمامنا حالة معينة ، فيمكن أن نتساءل عن المعيار الذى يمكن أن تستند عليه لتقرير الفصل بين هاتين المسئوليتين فيما يتعلق بالناحية موضوع البحث . وهل نذهب مع « جيسلر » إلى القول بأن الأمر لا يعتمد على ما إذا كان الغرض من الالتزام التعاقدى قد تحقق أم لا ؟

لنلاحظ مع الاعتراف بأهمية هذا المعيار من الناحية العملية أنه مما لا يمكن تطبيقه بالنظر إلى الصيغة الواسعة نوعا ما للمادة (١٠١) . ولذلك يجب أن نذهب بعيدا فى تفسير هذا النص مع تأكيدنا لعدم قيام التشابه التام بينه بين المادة(٥٥) .

إن رابطة الالتزام القائمة بين الدائن والمدين لتظهر بالبداهة الأساس الذى يمكن بواسطته القول فى حالة بعينها ، بأن الضرر الواقع كان نتيجة لوجود تلك الرابطة وأنه لولاها لما وقع . ولكن لأجل قيام مسئولية المدين طبقاً للمادة ١٠١ يجب أن تكون هناك رابطة سببية بين تنفيذ الالتزام وبين الضرر الحاصل ، وبالتالى فإن المدين لا يسأل طبقاً لها عن كل الاضرار التى يحدثها تابعه فى تنفيذ عمله ، وإنما يسأل فقط عن تلك التى تدخل فى نطاق علاقة الالتزام القائمة بينه وبين الدائن بحسب السير الطبيعى للأشياء .

وإذا أخذنا بنظر الاعتبار آثار الشىء جميعاً كدليل إلى سببه ، أمكننا أن نبحث فعل التابع وأن نفحص على محك مايفرضه القانون على التابع من العناية والتبصر فى تنفيذ الالتزام بحسب مضمون علاقة الالتزام القائمة بين المتعاقدين . ويلزم لذلك أن نحدد بصورة موضوعية ، مع حسابنا فى كل حالة على حدة حساب نفس مضمون علاقة الالتزام ودرجة العناية المطلوبة للتنفيذ . وبما أن هذه العناية تبين من نفس علاقة الالتزام ، القائمة بين المتعاقدين وليس كما يظن البعض من العلاقة التى تقوم بين المدين والتابع ، فإنها والحالة هذه لتتساوى وتلك العناية التى تلقى على المدين نفسه فى تنفيذه لالتزامه فيما لو نفذه شخصيا .

وفى العمل ولأجل تبسيط الأوضاع وعلى الأخص لأجل عدم الوقوع على تفسير مفرط السعة لنص المادة ١٠١ يجب أن نضع السؤال الآتى : هل أن المدين لو قام بنفسه بالعمل الذى أدى إلى الضرر يسأل مسئولية عقدية. وعلى هذا الأساس يمكن تقدير مسئوليته عن فعل التابع . وخلافا لهذا لا يمكن أن تقوم مسئوليته إلا على أساس نص المادة ٥٥

وهذه أدناه بعض الأمثلة التى تثير مايتعلق بهذه المسألة من المشاكل مأخوذة من أحكام القضاء السويسرى والألمانى .

متعهد تعهد بالقيام ببعض الاصلاحات بمنزل كان يعيد صباغته من جديد

أو يضع بعض التصاميم الجميلة . يسأل طبقاً للمادة (١٠١) إذا ارتكب أحد عماله الذين كلفوا بالعمل فعلا ضارا بأن دمر سجادة أو كسر زجاجا[١] .

وعلى العكس لا يسأل المدين تعاقديا إذا أشعل العامل النار بعدم تبصره أو عدم احتياطه بأن قدف سيجارته هناك أو سرق شيئاً من الشقة العائدة للمالك حيث أنه فى أمثال هذه الحالات ، لا يسأل صاحب العمل مسئولية عقدية عن فعل أحد عماله الذى سبب نشوب حريق بدون احتياط بأن ألقى بسيجارته إلى الأرض ، أو الذى يسرق شيئاً مملوكا لشخص الدائن حيث لا علاقة لهذا الفعل إطلاقا بتنفيذ الالتزام التعاقدى . إذ أن الفعل الذى ارتكبه العامل فى رميه للسيجارة أو فى سرقته للشىء العائد للدائن ، مستقل تمام الاستقلال عن قصور العناية فى تنفيذ الالتزام الذى تعهد به المدين . وعلى العكس يمكن أن نرى فى فعل العامل الذى جاء ليصلح (وابورا) للغاز ويإهماله فى تحريكه ونقله شب حريق فى المنزل ، ماينشىء علاقة سببية مطابقة وظاهرة بين التنفيذ وبين الضرر الحاصل. وهذا ما جاء فى حكم أصدرته محكمة زوريخ الاستئنافية حول موضوع مسئولية المتعهد عما حصل بفعل عامله فى هذه الواقعة[٢] .

ولكن لا يسأل التاجر طبقاً للمادة (١٠١) عن فعل محاسبه إذا كان هذا الأخير بوسيلة تقديمه لمخالصة مزودة سحب مبلغا من البنك الذى يملك فيه التاجر حسابا جاريا .

وهذا مايقرره «Funk» أيضاً إذ يقول أنه يجب أن يرتكب المعاون الضرر فى أثناء تنفيذ الالتزام وليس بمناسبته[٣] .

---

(١) حكم محكمة Canton Vaud جاء فى بازولا ص ٨٢ .

(٢) حكم بتاريخ ١٩١٤/٥/٢٠ Bl. zü R. 14. p. 355 وراجع فى كل هذا والمزيد من الأحكام فى بازولا ص ٨٢ وما بعدها .

(٣) المرجع المشار إليه ص ٨٥ .

الفصل الثانى

الوضع فى فرنسا وفى مصر

يختلف الرأى فى فرنسا على « الحدود الداخلية للمسئولية العقدية عن فعل الغير ، ويظهر أن هذا الخلاف أشد من الخلاف الذى ثار حول هذه المشكلة فى كل من ألمانيا وسويسرا . فكثير من الفقهاء يذهب إلى أن المسئولية لا تقتصر على الفعل الضار الذى يرتكبه المعاون أثناء التنفيذ ، بل يتجاوز إلى الفعل الذى يقع بمناسبة هذا التنفيذ[1] ويحتج « ساورك » لتحبيذ هذا الرأى بأن القضاء الفرنسى يرى مساءلة المسئول فى المسئولية التقصيرية عن فعل الغير عن الأفعال التى تقع من الأخير بمناسبة إداء لوظيفته ، فمن باب أولى تطبيق هذا الحكم على المسئولية العقدية ،حيث العلاقة التى قام بمناسبتها الضرر أظهر وأوضح . ويحتج كذلك بأن قانون العمل لسنة ١٨٩٨ قد قرر مسئولية رب العمل عن الحوادث التى تقع من عماله بمناسبة أداءهم لوظيفتهم .

ويرجع الأستاذان « مازو » ، وهما من الذين يذهبون إلى وجوب قصر المسئولية عن فعل الغير على الأفعال التى تقع من هؤلاء فى أثناء تأدية وظائفهم ، أصول هذه المسئولية إلى مبدأ النيابة ، ويقولان بأن مسلك القضاء معيب عندما يقيم هذه المسئولية على الأفعال التى تقع من التابع بمناسبة أداءه لوظيفته . ويؤيدان هذا الرأى بأن المادة ١٩٩٨ من القانون الفرنسى التى غالباً ما ذكرت فيها صفتها الاستثنائية ، تقضى بأن الموكل لا يسأل عن أفعال الوكيل إلا عن تلك التى تقع منه فى أثناء تأدية وظيفته وطبقاً لهذه الوظيفة .

ويستطرد الأستاذان إلى القول بأن الغير لا يمثل المدين إلا عندما يؤدى مهمته التى عهدت إليه . وعندما يخرج عن حدود هذه المهمة فإنه يفقد صفة

---

(١) سأروك . ص ١١٥ وما بعدها وديموج : المجلة الفصلية ١٩٣٣ ص ٦٥٨ .

النيابة . وفى هذا يوجد شبه تام بين هذه المسئولية وبين المسئولية التقصيرية عن فعل الغير المنصوص عليها فى المادة ١٣٨٤ . ولكنهما يريان أيضاً من جهة أخرى أن التنفيذ المعيب فى أداء المهمة أو الوظيفة عبارة عن تنفيذ فى حدود الوظيفة[١] .

و « بيكيه » و « رينو » من الذين يؤيدون اقتصار المسئولية على الأفعال التى تقع فى حدود الوظيفة لا بمناسبتها . ورينو الذى يقول إن المدين يسأل عن جميع أفعال المعاون حتى تلك التى ترتكب عمداً وبغشه ، يذهب إلى أن الأفعال التى تقع بمناسبة التنفيذ لا تدخل فى حدود هذا التنفيذ . ويعلل ذلك بنظريته فى الأساس القانونى . إذ أن المدين لا يضمن حتى بصورة ضمنية إلا تلك الأفعال التى تدخل تماماً فى حدود تنفيذ الالتزام الذى عهد به إلى المعاون[٢] . ويذهب بهجت بدوى إلى القول بتجاوز المسئولية إلى تلك الأفعال التى ترتكب بمناسبة أداء المعاون أو التابع لوظيفته . ويقول الدكتور بهجت بدوى فى هذا « إن النصوص فى القانون الفرنسى لا تساعدنا على الحكم ، ولكننا لسنا أمام قاعدة استثنائية كالتى جاءت فى المادة ١٣٨٤ ولأن فرض المسئولية على المدين جاء نتيجة الرغبة فى حماية الطمأنينة الاقتصادية ، وهذا السبب وحده هو الذى يعطى الصفة المادية لهذه المسئولية العقدية عن فعل الغير ، وإذا كنا قد رفضنا أن نقرر هذا الحكم بالنسبة للمسئولية الناتجة عن المادة ١٣٨٤ فإنه ينتج مما سقناه وجوب القول بأن يسأل المدين عن أفعال معاونه حتى عن تلك التى تقع بمناسبة أداء وظيفته[٣] .

ويذهب الدكتور سليمان مرقص إلى القول بأن المدين لا يسأل عن أفعال هؤلاء الأشخاص — الأشخاص الذين يسأل عنهم مسئولية عقدية — بل تقتصر

---

(١) مازو جزء ١ الطبعة الثالثة نبذة (١٠٠١) ص ٩٨٣ — ٩٨٤ ونشير هنا أننا سبق أن عرفنا ما هى الردود التى سقناها على نظرية « مازو » فى هذا الشأن وإذا صح أن المسئولية تقتصر على الأفعال التى تقع من الغير بمناسبة أدائه لوظيفته فإن هذا لا يكون على أساس النيابة .

(٢) بيكيه ص ٣٠٧ ورينو ص ٨٥ وما بعدها .

(٣) رسالة باريس ١٩٢٩ ص ١٧٩ وما بعدها

مسئوليته العقدية كما تقتصر مسئوليته التقصيرية ، على أفعالهم الداخلة فى ضمن المأمورية التى عهد إليهم بها سواء أكانت تلك المأمورية تنفيذاً لتعهد أم معاونة فى تنفيذه أم كانت مباشرة لحق[1] .

ويذهب الدكتور السنهورى « فى ظل القانون المدنى الجديد — إلى أن المدين يسأل إذا كان الغير قد أحدث الضرر فى حال تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذه كما هو الحال بالنسبة لمسئولية المتبوع عن فعل التابع[2] . وهو يستطرد فى شرح هذه القاعدة فيقول : والقاعدة هى أن يقع الخطأ من التابع وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته ، أو أن يقع الخطأ منه بسبب هذه الوظيفة ، فلا يكفى أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة «àl'occasion» بأن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ، بل يجب إذا لم يكن الخطأ قد وقع فى عمل من أعمال الوظيفة أن تكون هناك فى القليل علاقة سببية وثيقة بين الخطأ والوظيفة بحيث يثبت أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ أو ما كان يفكر فى ارتكابه لولا الوظيفة[3] .

إذن كيف يمكن أن تستقر الحلول السليمة فيما يتعلق بهذه المسألة الدقيقة ؟

يلوح لنا أن بعض الفقهاء مستنداً إلى بعض أحكام القضاء قد أفرط فى التوسع على قواعد المسئولية العقدية عن فعل الغير بتطبيقها فى حالات ارتكاب « الغير » للفعل الضار بمناسبة أداءه لمهمته . وأن البعض الآخر — فى الجانب الآخر — قد فرّط هو بدوره بأن حاول أن يقصر هذه المسئولية على الأحوال التى تنشأ من وجود رابطة النيابة ، واشترط أن تكون الأفعال التى تتحقق بسببها المسئولية ناشئة من مخالفة واجبات النيابة وحدودها .

على أن توضيح بعض المسائل قد يساعد على إلقاء النور على هذه المشكلة الشائكة وحلها حلا سليماً موفقاً .

---

(١) رسالة القاهرة المرجع المشار إليه آنفا ص ٤١٦ .

(٢) الوسيط ص ٦٦٩ نبذة ٤٣٣ .

(٣) الوسيط ص ١٠٢٥ نبذة ٦٨٢ .

فى كل عقد يجب أن يتحقق المرء من مضمونه وما يحتويه هذا العقد من الالتزامات التى ألقيت فيه على عاتق المدين . فإذا عهد المدين إلى الغير بمهمة تنفيذ هذه الالتزامات أو مهمة تنفيذ الالتزام الفريد فى العقد ، فيجب أن يلاحظ مدى ارتباط الفعل الذى سبب الضرر بعدم تنفيذ ذلك الالتزام التعاقدى . هل سبب الفعل عدم تنفيذ الالتزام نفسه ؟ هل أخل « الغير » بتنفيذ هذا الالتزام بعينه بأن لم ينفذه تماماً أو كان قد نفذه تنفيذاً معيباً ؟ . أم هل أن الإخلال بهذا العقد لم يكن إخلالا بنفس التزام المدين الذى التزم به فى ذلك العقد ، بل أخل « الغير » بالتزام آخر لم يكن على عاتق المدين فى العقد الذى عقده مع الدائن .

ثم ماحدود العلاقة التى تربط المدين نفسه «بالغير» لكى تقوم مسئوليته عنه ؟

وعندى أن جلاء مسألة فى غاية الخطورة واجب ، لتحديد وضع المشكلة وجذبها إلى الناحية الصحيحة من الحل ، وهذه المسألة هى معرفة حقيقة الضمان المفروض فى كلا الوضعين من أوضاع المسئولية .

إن الضمان الذى فرض فى المسئولية العقدية عن فعل الغير يقوم على أن المدين قد رجع إلى الغير لينفذ الالتزام العقدى الذى تعهد هو بالقيام به وبتنفيذه ، أو أنه أباح للغير أن يمارس حقاً من حقوقه التى اكتسبها بالعقد . فحدود مسئولية المدين تتحدد إذن فى كل الأحوال التى يقوم فيها فعل الغير منصباً أولا على محاولة تنفيذ ذلك الالتزام العقدى فتؤدى المحاولة إلى قصور التنفيذ أو إلى إساءته ، أو منصباً على محاولة عدم تنفيذه . ولذلك يشترط فى كل الأحوال أن يعهد المدين برضاه الصريح أو الضمنى إلى الغير أمر تنفيذ الالتزام ، أو أن يترك هذا الغير ينتفع بميزات الحقوق التى اكتسبها . ولذلك متى خرج هذا الغير على رضا المدين فى هذا الشأن تهافتت مسئولية المدين قبل الدائن ، ولم يجد الدائن من أحد مسئولا أمامه إلا ذلك الغير .

أما الضمان المفروض فى المسئولية التقصيرية عن فعل الغير فأساسه قيام علاقة التبعية التى تربط بين التابع والمتبوع . وعلى أساس هذه العلاقة تقوم المسئولية التقصيرية عن فعل الغير .

الفارق الوحيد إذن بين وضعى المسئولية فيما يتعلق بحدودهما الموضوعية من حيث الأفعال هو ضمان المدين لفعل الغير متى كان هذا الفعل داخلا فى فى حدود الوظيفة التى عهد المدين أمر تنفيذها إلى هذا الأخير ، وتقتصر المسئوليه العقدية على هذا النطاق . أما فيما يتعلق بالمسئولية التقصيرية عن فعل الغير فقد قطع المشرع المصرى الجديد على نحو جازم بإيراده نص المادة (١٧٤) حيث يقضى بقيام هذه المسئولية فى نطاق أوسع من نطاق المسئولية العقدية عن فعل الغير فتشمل طبقا لهذه المادة الأفعال التى تدخل فى حدود وظيفة التابع كما تشمل الأفعال التى ترتكب بسبب أدائه هذه الوظيفة[١] .

ومن هنا ندخل إلى كيفية إدراك الحلول الصائبة ، شخص عهد إلى عامل من عماله أن ينقل إلى أحد عملاءه أشياء أو بضائع . لم ينفذ هذا العامل التزام المتعهد بتسليم هذه الأشياء إلى العميل بأن أتلف البضائع أو أحرقها . لا جدال فى وجوب قيام مسئولية المتعهد عن عدم التنفيذ ما دام قد حصل بخطأ المعاون ، يستوى فى ذلك خطأ الأخير العمد وغير العمد . متعهد تصليح أجهزة الكهرباء يسأل عن فعل مستخدمه فيما لو شب حريق فى بيت العميل من جراء تصليح جهاز الكهرباء . وتكون إدارة المستشفى مسئولة عن خطأ الطبيب فى معالجة المريض الراقد فى المستشفى على هذا الأساس . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن الممرض الذى يعمل فى خدمة مستشفى إذا أخطأ وهو يقوم بإعطاء الدواء إلى المريض فأعطاه سما يكون قد ارتكب عملا داخلا فى حدود وظيفته وتكون إدارة المستشفى مسئولة عنه[٢] .

ومن هنا نستطيع أن نفسر تماما مسلك القضاء فيما يذهب من وجوب قيام مسئولية المستأجر من جميع الافعال التى تصدر من الذين يوجدون فى المحل

---

(١) السنهورى فى الوسيط يصور صور هذا التوسع . ص ١٠٢٥ وما بعدها بندة ٦٨٢ وما بعدها .

(٢) راجع فى تطبيق هـذا الرأى . دكتور عبد الفتاح عبد الباقى . محاضرات فى العقود الإيجار ص ١٥٣ والأحكام المشار إليها فيه .

المأجور برضائه . ومن وجوب قيام هذه المسئولية فى جميع الحالات التى يصيب المأجور فيها تلف أو إضرار .

إن المستأجر ملتزم بحفظ المأجور وأن يسلمه كما تسلمه بلا تلف ولا عيب ولذلك فإن جميع العيوب والأضرار التى تلحق المأجور بسبب هؤلاء الأشخاص الذين وجدوا فيه برضاء المستأجر الصريح أو الضمنى يكون المستأجر مسئولا عنها مسئولية عقدية

ومن هنا كذلك نستطيع أن نلمح لماذا لا يشترط فى حال المسئولية العقدية عن فعل الغير وجود علاقة تبعية بين المدين وفاعل الضرر ، إذ يكفى لقيامها وجود رضاء صريح من المدين أو رضاء ضمنى بقيام « الغير » بالفعل الذى أدى إلى الضرر متعلقاً بتنفيذ الالتزام التعاقدى .

وفى هذا أيضاً ما يفسر كيف أن المسئولية تتهافت إذا ما طرد المستأجر شخصاً من الأشخاص الذين يسأل عنهم فى أثناء التنفيذ أو فى أثناء ممارسة حق من حقوقه ، وكيف أن المحاكم تحكم بعدم مسئولية المستأجر عن فعل إبنه أو خادمه إذا ما طرده من منزله ومنعه من دخوله بكافة الوسائل فدخل أحدهم على الرغم من ذلك المحل المأجور وأشعل النار فيه[١] .

ونستطيع أن نقول أيضاً أن كافة الأفعال التى ترتكب خارج حدود الالتزام التعاقدى والتى لا تكون لها علاقة ما بهذا الالتزام لا يسأل عنها المدين . كما إذا قتل العامل الذى ذهب يصلح شيئاً لحساب المتعهد صاحب الدار أو إبنه فى مشاجرة ، أو أصاب أحد هؤلاء باصابة خارج الدار . أو فيما إذا ألحق أحد أتباع المستأجر الضرر بشخص المؤجر فى أثناء وجوده فى المحل المأجور[٢] .

---

(١) راجع حكم محكمة السين فى ١٩٣٨/٥/٣ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ ص ٤١٢ . وبنزانون المختلطة فى ١٨٩٨/١٢/٢٨ دالوز ١٨٩٩ — ٢ — ١٠٤ .

(٢) وقد حكمت محكمة القاهرة الجزئية بأنه يشترط لقيام مسئولية المالك المؤجر عن فعل البواب فى حصول سرقة فى المحل المأجور أن توجد علاقة مباشرة محددة وأكيدة بين الخطأ المنسوب إلى البواب وبين واقعة السرقة . الجازيت ١٩٣٨ ص ١٦٧ الحكم بتاريخ ١٩٣٨/٣/٩ . وراجع حكم محكمة النقض الفرنسية الدائرة المدنية فى ١٩٤١/٤/٨ دالوز الإضافى ١٣ سنة ١٩٤١ أو الجازيت دى باليه ١٩٤٤ — ١ — ١٤٢ .

وإذا ما نظرنا إلى المسألة من هـذه الزاوية أمكننا أن نقول أنه ليس فى كل الأحوال التى يقع فيها فعل ضار من قبل الغير والتى تقع فى قت التنفيذ مما تقوم به مسئولية المدين . وليس كل قبل يقع كذلك فى مكان التنفيذ مما يلزم منه نشوء تلك المسئولية . المهم هو فى وجود رابطة مباشرة بين الفعل الضار وبين الالتزام الذى عهد به المدين إلى الغير لتنفيذه . او بين هذا الفعل وبين الالتزام الذى ألقى على عاتق المدين فأخل به من يباشر حقا من حقوق هذا الأخير .

وعلى عكس الأحوال التى يتدخل فيها « الغـير » حاشرا نفسه فى تنفيذ الالتزام التعاقدى فيجـّب بمسئوليته مسئولية المدين ، تثور مسألة ما إذا امتنع « الغير » الذى كلف بتنفيذ الالتزام عن تنفيذه . ونقصد بذلك تأثير الإضراب على التزامات أصحاب المصانع (١) .

لا شك أن الأمر كما ألمعنا سابقا فى مقدمة الرسالة — يجب أولا أن يعالج من زاوية إمكان تنفيذ الالتزام على الرغم من الإضراب الحاصل ، وهذا مايخرج المسألة ، فى هذه الحالة ، من نطاق تطبيق قواعد المسئولية العقدية . فاذا ماسبب الإضراب استحالة التنفيذ واستحال على المدين أن ينفذ إلتزامه بأية وسيلة ، فهنا تذهب المحاكم الفرنسية فى كثير من الأحوال إلى أن الإضراب مما يمكن اعتباره سبباً أجنبياً يمنع المدين من تنفيذ التزاماته العقدية إذا لم يتوقع ، أو لم يكن باستطاعته أن يتوقع حصول الإضراب ، أو لم يتمكن من دفعه حين وقوعه.

---

(١) محكمة باريس فى ١٣ / ١١ / ١٩٥٣ دالloز ١٩٠٤ — ٢ — ٧٣ ، ٤٥٤ ومحكمة اكس فى ١٩٥١/١١/٢١ سيرى ١٩٠٢ ، ٢ — ٥١ ومحكمة باريس فى ١٩٥٣/١١/١٣ سيرى ١٩٠٤ — ٢ — ١٦٨ ودودان فى ١٩٠٠/٨/٨ سيرى ١٩٠١ — ٢ — ٤٢ ومحكمة النقض فى ١٩٢١/١/٣٠ جازيت دى باليه ١٩٢٩ — ١ — ٤١٠ وراجع لالو فى الإضراب داللوز الأسبوعى سنة ١٩٣٩ ص ٦٩ وما بعدها .

الباب الثالث

الحدود الداخلية للمسئولية العقدية

عن فعل الغير من حيث الأشخاص

« الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين »

نصت المادة (٢١٧ من القانون الجديد على جواز اشتراط الإعفاء عن أفعال الأشخاص الذين يستخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه .

إن هذا النص الذى استنبطنا ، منه حكم الشارع المصرى فى الأخذ بمبدأ عام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير يبين من هم الأشخاص الذين يمكن أن يسأل عنهم المدين .

وقد جاءت نصوص أخرى متفرقة تبين الأشخاص الذين يسأل المدين عن أفعالهم أيضاً . وذلك فى كل حالة من حالات تحقق المسئولية . فأشارت المادة (٥٧١) فقرة ٢ إلى مسئولية المؤجر قبل المستأجر من أفعال أتباعه م ٧٣٥ عراقى) وأشارت المادة (٧٢٧) ف ٢ إلى مسئولية أصحاب الفنادق والخانات عن أفعال المترددين على الخان م ٩٧٢ عراقى ،

وقد يستخدم المدين فى تنفيذ التزامة أشخاصا يعاونون على هذا التنفيذ وهؤلاء هم الأعوان « Les auxiliaires » ومنهم مساعدو المدين فى تنفيذ الالتزام « Les aides » كالمستخدمين والخدم والاتباع على اختلاف أنواعهم والعمال والصناع . ومن هؤلاء الأعوان الأشخاص الذين يساكنون المدين من أهل بيته وغيرهم من الذين يمارسون حقا من حقوق المتعاقد ويشاركونه فى الانتفاع بهذه الحقوق .

وقد يحل أشخاص آخرون محل المدين حلولا كاملا فى تنفيذ الالتزام وهؤلاء هم البدلاء « Les substituts » كالمستأجرين من الباطن والمتنازل له عن الايجار والمقاول من الباطن [1] ومن هؤلاء أيضاً النائب القانونى والنائب الاتفاقى .

وسنكرس الكلام على ثلاثة فصول نتكلم فى الأول عن الأعوان وفى الثانى عن البدلاء وفى الثالث عن مسئولية الشخص المعنوى العقدية .

(١) راجع المواد ٥٩٥ و ٥٩٧ و ٦٦١ من القانون الجديد وتماثلها المواد ٧٧٧ و ٧٧٨ و ٨٨٢ من القانون العراقى .

الفصل الأول

مسئولية المدين عن الأعوان

أشرنا إلى أن من هؤلاء الأعوان مساعدو المدين الذين يساعدونه فى تنفيذ التزامه التعاقدى كالعمال والمستخدمين وجميع أتباعه [1]. وهؤلاء الأشخاص الذين يعملون لأجل تنفيذ الالتزام لحساب المدين لا يشترط لقيام مسئولية المدين عن أفعالهم أن يكونوا مأجورين على أعمالهم ، فقد يساعد المدين أحد هؤلاء الأشخاص متبرعا وتقوم مع ذلك مسئولية المدين عن فعله بعدم تنفيذ العقد [2].

ولا يشترط كذلك أن يكون هؤلاء الأشخاص تحت سلطة ووصاية المدين ، بل يكفى أنه قد عهد إليهم أمر تنفيذ التزامه التعاقدى ولو عن طريق المصادفة ، ولذلك فلا يشترط على هذا الأساس قيام علاقة خدمة بين المدين و بين الشخص المكلف بتنفيذ الالتزام .

فمثلا إذا ساعد أحد المارة فى الطريق المدين فى حمل بضاعة أو أى شىء آخر ، وسبب بفعله هذا ضررا للدائن ، كان المدين مسئولا قبله مسئولية عقدية . أو لو أن صديقاً للمدين قد كلف نفسه أن ينقل إلى الدائن شيئاً فإن المدين يسأل عن فعل صديقه الخطأ قبل الدائن .

ويمكن أن يدخل فى عداد الأتباع الأشخاص الذين يعملون لحساب المدين

---

(١) وقد حكمت محكمة استئناف مصر بتاريخ ٢٤ / ١٠ / ١٩٣٩ بأن إدارة المدرسة التى ترتب أمر رحلة تلاميذ مدرستها الابتدائية تلزم قبل أهليهم برعايتهم وعلى ذلك فهى ضامنة سلامتهم وردهم إليهم ، وتكون مسئولة عن كل ما يصيبهم فى هذه الرحلة مسئولية عقدية تترتب عليها بمجرد إصابتهم ، وعليها هى يقع عبء إثبات عذرها ، ولاتخلص مسئولية إدارة المدرسة فى رعاية تلاميذها إلا بإقامتها الدليل على عذرها وعلى أن مندوبيها فى مراقبة التلاميذ قد قاموا بواجب الملاحظة المفروضة عليهم على وجه مرض وأن تقصيرا لم يقع منهم ... الجدول العشرين الثانى ص ٤٢٤ تحت رقم ٢٢٧٧ .

(٢) بازولا ص ٥٠ .

ولو كانوا مستقلين عنه استقلالا مالياً أو إدارياً . وطبقاً للمثل الذى ضربه « Von Tnhr » يسأل البائع ، الذى يضع فى محل قبول الودائع بضاعة يجب عليه حفظها حتى ميعاد تسليمها للمشترى ، عن العناية اللازمة التى تقع على عاتق متعهد قبول الودائع فى حفظ البضاعة .

وكذلك يكون رب العمل الذى يتنازل إلى الغير عن خدمات عماله مسئولا قبل هؤلاء العمال عن تنفيذ الغير (رب العمل الآخر) للالتزامات التى ألقيت على عاتق هذا المستخدم قبل هؤلاء العمال[١] .

ولكن بما أنه لا يشترط أن تكون هناك رابطة خدمة مستمرة تربط بين المدين وأعوانه فإنه قد تنتج صعوبات من جهة تحديد هذه الصفة للشخص الذى يساعد فى التنفيذ .

فيعود « Von Tuhr » ذاكراً أنه فيما يتعلق بالدين المحمول « le dette portable » يكون المدين مضطراً إلى إنجاز نقل هذا الدين إلى الدائن ، فيسأل طبقاً لذلك حسب المادة (١٠١) من القانون السويسرى ، عن أفعال الناقل . على أنه فيما يتعلق ببيع التسليم « Vente a distance » لا يلزم المدين حسب المادة (١٨٩) من قانون الالتزامات السويسرى إلا بأن يشحن البضاعة إلى الدائن المشترى ، وهو لا يسأل إذن عن فعل متعهد النقل ، ولا يمكن اعتبار هذا الناقل كتابع له ، ولكن يمكن اعتباره ناقلا ومديناً أصلا يسأل مباشرة قبل المشترى[٢] .

ومن هؤلاء الأعوان ذلكم الأشخاص الذين يمارسون ، كما أشرنا إلى ذلك مرارا ، حقاً من حقوق المدين الذى اكتسبه بالعقد . وإلى ذلك أشارت المادة (١٠١) من القانون السويسرى : كل من يعهد ولو بصورة شرعية إلى أعوانه كأهل منزله « Lcs dersonnes de la maison » . وإليها أشارت المادة (١٧٣٥)

---

(١) Von Tuhr ص ٥٢٣ مشار إليه فى بازولا ص ٥١ .

(٢) « « ص ٥٢٣ « « « ص ٥١ ، على أننا نلاحظ على مثال فون توهر Von Tuhr الخاص بالدين المحمول عدم صحته حتى من الناحية العملية وإنه لا يدخل فى نطاق المسئولية إطلاقا إذ أن الدين المقوم بالنقود لا يكون محلا للمسئولية (التعويض) اللهم إلا فى حالة التعويض عن التأخر فى التنفيذ الذى يؤدى إلى الحكم بالفوائد فحسب .

من القانون المدنى الفرنسى ونصها : يسأل المستأجر عن كل الأضرار التى تحدث بفعل أهل بيته . . .

وقد أثارت هذه الحالة نزاعا طويلا فى القانون الألمانى الذى خلا من نص فى الإشارة إلى مثل هذه الأحوال . وقيل بأن المستأجر لا يمكن اعتباره متبوعا يستخدم emploie الخادم أو الضيف لتنفيذ التزامه فى عقد الإيجار بحفظ المأجور . ولم يصل الفقه الألمانى إلى حل مرض فى هذا الشأن . إلا أن الرأى الراجح فى الفقه هو ما يذهب إليه القضاء اليوم من إمكان تطبيق نص المادة (٢٧٨) على مثل هذه الحالات بطريق القياس أو عن طريق التفسير الواسع[١].

ولم يرد فى مصر مثل النص السويسرى ، ولا جاء فى القانون الجديد نص كنص المادة (١٧٣٥) من القانون الفرنسى . على أنه يمكن تطبيق الأحكام التى استقر عليها القضاء الألمانى والسويسرى والفرنسى هنا بدون عناء كبير .

إن ممارسة بعض حقوق المدين وخاصة حق الإيجار لا يقتصر فيه على المتعاقد فحسب ، بل ويمارسه المتعاقد ومن يشأ هذا الأخير أن يعطيه الحق فى ذلك . وهكذا يمارس حق الإيجار مثلا أعضاء أسرة المستأجر ومستخدميه وضيوفه . وقد يقال أن هؤلاء يساعدون المدين فى تنفيذ التزامه ، ويجب عليهم أن يرقبوا فى استعمالهم للمأجور كمراقبة المستأجر لذلك . ولكن هذا ليس صحيحا فى كل حالة بعينها كما يقول « بازولا » ، فالمربية التى تأتى لإرضاع طفل للمستأجر والعناية به فى المحل المأجور لا يمكن اعتبارها كأنها تساعد المستأجر فى تنفيذ التزامه بالمعنى الفنى الدقيق لهذا الاصطلاح ، بل أن الصحيح أن يقال أنها تسكن مع المستأجر الذى يتنازل لها عن بعض حقوق السكن ، أو أنها تشترك معه فى هذه الميزات التى تخوله إياها حقوق عقد الإيجار نفسه . وهذا هو الحال بالنسبة

---

(١) المحكمة الامبراطورية الألمانية جـ ١٨ ص ٢١٦ — جـ ١٠٦ ص ١٣٤ — جـ ١٢٢ ص ٢٨٤ ومشار إلى هذه الأحكام جميعا فى بازولا ص ٥٤ .

لكل الأشخاص الذين يساكنون المستأجر ولو لمدة قصيرة كضيوفه مثلا ، مهما كانت مدة هذه الضيافة [١] .

وعلى هؤلاء جميعا يلقى واجب العناية باستعمال الشىء المأجور مثلا، كالواجب الذى يلقى على عاتق المستأجر نفسه . ولهذا السبب دفع المشرع السويسرى إلى التسوية فى الحكم بين هؤلاء الأشخاص وذلكم الذين يعهد إليهم المدين بتنفيذ التزامه . ولنفس هذه الأسباب دفع الفقه والقضاء فى ألمانيا إلى تطبيق نص المادة (٢٧٨) عليهم [٢] .

والفقه والقضاء فى فرنسا يتفق فى هذه الناحية ، ويجمعان على وجوب تطبيق حكم المادة (١٧٣٥) على كل من يوجد فى المحل المأجور برضاء المدين (المستأجر) الصريح أو الضمنى . فيشمل تطبيق حكم هذه المادة الأهل والأقارب والضيوف والخدم . وقد حكم بأن المستأجر مسئول عن أفعال خليلته فى المحل المأجور كذلك [٣] .

ويقول « مازو » إن اصطلاح « أهل منزله » يجب أن يتسع للمعنى الأعم الأشمل، فيدخل فيه كل شخص وجد برضاء المدين فى المحل المأجور ويشارك هذا الأخير فى استعماله [٤] .

كما أنه يشترط — كما أشرنا إلى ذلك سابقا — أن يمارس هؤلاء الأشخاص الحق برضاء أو أجازة المستأجر الصريحة أو الضمنية وإلا اعتبر فعلهم قوة قاهرة تبرى المستأجر من عبء المسئولية . وتطبيقا لذلك حكمت محكمة بنزنسون فى حكمها الصادر فى ١٩٠٩/٦/٢٣ بعدم مسئولية المستأجر عن الحريق إذا حصل

---

(١) بازولا ص ٥٥ و Ferrara ص ٤١٢ و Eneccerus ٢٦٧ ومشار إليهما فى بازولا ص ٥٥ أيضاً .

(٢) بازولا ص ٥٥ .

(٣) نقض مدنى فى ١٩٢٧/١٢/١٣ دالloz ١٩٢٨ — ١ — ٩٩ .

(٤) مازو ص ٩٦٩ نبذة ٩٧٦ الطبعة الثالثة ج ١ ونقض عرائض ١٩٢٥/٧/٢٨ جازيت دى باليه ١٩٢٥ — ٢ — ٦٥٤ .

بفعل ابنه البالغ الذى طرده من منزله ودخل هذا الأخير المنزل خلسة وأشعل فيه النار[١] .

وإذا قامت مسئولية المدين العقدية عن فعل تابعه ، فهل يشترط مراعاة تقدير حسن نية المدين أم التابع ؟ . يرى « بيكيه » مراعاة حسن أو سوء نية التابع باعتبار أن فعله يتحد مع فعل المدين[٢] ويرى « ديموج » تقدير هذا الأمر بالنظر للمدين ، إذ أن المادة (١١٥٠) من القانون الفرنسى فى مصلحته . أما إذا تعلق الأمر بشخص معنوى فإن الأمر ليصعب . ويرى « ديموج » وجوب مسئولية الشخص المعنوى عن أفعال تابعه السيء النية[٣] .

---

(١) مشار إليه فى سليمان مرقص ص ٤١٤ رسالة القاهرة .

(٢) بيكيه ص ٣٠٩ .

(٣) ديموج جـ ٦ ص ٦٣٥ .

الفصل الثانى

البدلاء الذين يسأل عنهم المدين

لقد قلنا إن البدلاء هم الذين يحلهم المدين محله فى تنفيذ الالتزام ويلقى عليهم وحدهم عبء هذا التنفيذ ، فتقوم مسئوليته عن أفعالهم. من ذلك مثلا مسئولية المستأجر الأول (الأصلى) عن المستأجر من الباطن أو المتنازل له عن الإيجار المنصوص عليها فى المادة (٥٩٥) من القانون الجديد ، والمادة (٧٧٧) من القانون المدنى العراقى ، والمادة (٥٤٩) من القانون الألمانى .

ومن هذه الحالات نص المادة (٦٦١) مصرى ، (٨٨٢) عراقى فى مسئولية المقاول الأصلى عن أفعال المقاول من الباطن (م ٣٦٤ سويسرى) .

ومنها مسئولية أمين النقل عن أفعال وسيط النقل المنصوص عليها فى المادة ٩٣ تجارى /٩٩ تجارى فرنسى . م ٤٤٩ سويسرى . ومنها مسئولية أصحاب السفن عن أفعال الربان ٤٤ / ٢١٦ تجارى فرنسى .

ويتميز البديل عن المعاون فى أنه ينفذ وحده الالتزام الذى ألقى على عاتق المدين ، ويقوم مقامه فى هذا التنفيذ . ويقول « Von Tuhr » إن البديل لا يعمل تحت إدارة المدين ورقابته ، بل إنه يعمل مستقلا عنه[1] . وهذا هو أيضاً حكم محكمة زوريخ حيث جاء فيه : إن الفارق الوحيد بين المعاون والبديل يستقر فى واقع أن عبء التنفيذ الكلى ينتقل إلى البديل مستقلا فى ذلك عن المدين ، بينما يكون الأمر ، عند دعوة الأعوان ، قاصراً على مساعدة هؤلاء ، ويبقى للمدين نشاطه الخاص فى تنفيذه لالتزامه[2] .

---

(١) « بازولا » ص ٦٢ وما بعدها .

(٢) فى « أيضا ص ٦٣ .

ويحاول بعض الفقهاء إقامة التفرقة بين المعاون والبديل على أساس أن الرجوع إلى المساعد يكون جائزاً دائماً على خلاف الحالة عند الرجوع إلى البديل[١] .

وعندى أن الرأى الصائب فى التفرقة هو ما اعتمد على ملاحظة كل حالة بعينها والبحث عنها فى كل قضية بذاتها[٢] .

ولذلك تثير مثل هذه الحالات بعض المشاكل عن الإبدال وعن الركون إلى البديل كلياً لتنفيذ الالتزام ، فيما يتعلق بطبيعة المسئولية .

فقد جاءت النصوص بحيث تمنع هذا الإبدال فى بعض الأحوال ، وترتب على القيام به رغماً عن ذلك نوعاً من المسئولية . ثم جاءت بعض النصوص الأخرى تجيز هذا الإبدال لترتب على ذلك نوعا آخر من المسئولية . فقد نصت المادة (٧٠٨) من القانون الجديد، م ١٩٩٤ فرنسى ١٧٤٨ إيطالى (١٠١٠ نمساوى ٦٦٤ ألمانى ، ٣٩٨ سويسرى) على أنه إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له فى ذلك ، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر مه هو . . . »

أما إذا رخص للوكيل فى إقامة نائب عنه دون أن يعنى بشخصية النائب فإن الوكيل لا يكون مسئولا إلا عن خطئه فى اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات .

والقانون الألمانى يوسع حكم هذه المادة إلى المودع لديه بالنسبة لمن يعهد لهم هو نفسه بحفظ الوديعة م ٦٩١ وإلى مدير المؤسسة م (٢٧) وإلى الشريك الضامن م (٧١٣) تجارى .

فكيف إذن يمكننا أن نعزل الأوضاع التى تقوم فيها المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى التى قررتها نصوص هذه المواد عن تلك التى جاءت كتطبيقات للمسئولية العقدية عن فعل الغير (المواد ٥٩٥ ، ٦٦١ وغيرها من المواد التى ذكرت أعلاه) .

لا جدال انه فى الحالات التى يمنع فيها المدين صراحة بنص القانون أو بحكم

---

(١) « بيكيه » ص ٢٦٦ والفقهاء المشار إليهم فى بازولا ص ٦٣ .

(٢) راجع بازولا ص ٦٣ .

طبيعة العقد من الرجوع إلى الغير وإحلاله محله فى تنفيذ الالتزام ، نكون أمام وضع من أوضاع المسئولية العقدية من الفعل الشخصى ، ومن تلك الأحوال نص المادة (٧٠٨) المذكورة ، فالمدين إذ يرجع إلى « الغير » البديل فيها يسأل هو شخصياً عما يحدث من أضرار للدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام أو سوء هذا التنفيذ ، وهنا يسأل عن جميع أفعال ذلك البديل ، وقد يسأل كذلك عن القوة القاهرة أو الحادث الجبرى .

مثل هذا حالة تعهد رسام برسم لوحة ما بنفسه ، فيعهد إلى الغير برسم تلك اللوحة[١] .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن أهمية التفرقة بين البدلاء والمساعدين ، تظهر فى أن المرء يسأل دائماً عن مساعديه ، بينما هو لا يسأل عن بدلائه إلا إذا لم يكن مأذوناً فى تعيينهم .

ويبدو أن الصواب فى التفرقة بين ما إذا منع المدين من اللجوء إلى الغير لتنفيذ الالتزام ، نخالف فى هذا المنع ، وبين ما إذا كان من الجائز له أن يحل غيره محلة فى تنفيذ الالتزام ، وبين ما إذا نص صراحة فى العقد أو بحكم القانون على جواز إحلال شخص آخر محله فى تنفيذ التزاماته .

وقد قلنا إنه فى الحالة الأولى يكون المدين مسئولا عن جميع أفعال البديل مهما كانت هذه الأفعال (م ٧٠٨) .

وإذا كان من الجائز له أن يحل محله شخصاً آخر ، فيسأل عن أفعال البديل مسئولية عقدية من فعل الغير (م ٥٩٥ / ١٧٣٥ والمادة ٦٦١ مصرى)[٢] . وأما إذا لم يكن من الجائز فى الأصل للمدين أن يحل محله شخصاً ، ثم صرح له بذلك ، فيسأل مسئوليه عقدية عن الفعل الشخصى طبقاً للعرف والعادة وحكم القانون ولنية الأطراف . وقد حددت المسئولية فى المادة (٧٠٨) ف ٢ على هذا

---

(١) بازولا ص ٦٦ .

(٢) وقد طبقت محكمة النقض هذا الرأى فى حكم لها : بقولها المحامى المنتدب كل سلطة المحامى الموكل فى الحدود التى يقضيها ابتداء . فله بمقتضى المادة ٣٢ من قانون المحاماة أن يثبت عنه فى الحضور أو فى المرافعة أمام المحكمة محاميا آخر تحت مسئوليته دون توكيل خاص مالم يكن توكيله مانعا من ذلك (قضية رقم ٢٣ سنة ١٥ قضائية بمجوعة محمود عمر ص ١٢ ج ٥ حكم رقم ٧ .

الأساس ، فلم يسأل المدين فى هذه الحالة إلا عن خطئه فى اختيار البديل أو عن خطئه فى إصدار التعليمات اليه[١] .

وعلى هذا الوجه ينبغى أن يفهم حكم محكمة رين فى ١٨٧١/٦/٥ فى قضية شخص تعهد بتوريد شىء ، واشترط أن يكون هذا التوريد من مصنع معين ، فقيل بأن هذا الاشتراط بتعيين المحل ليس « إذناً » بالإبدال Autorisation de substitution ، واعتبر المدين الأصلى مسئولا عن تأخر حصول المتعهد به ولو كان هذا التأخر راجعاً إلى المصنع الذى تعهد بتوريده من عنده[٢] .

إن المتعهد عادة يجوز له أن يرجع إلى من يشاء لتنفيذ التعهد ، وإذا اشترط أن يرجع إلى شخص معين ، وتبين من الظروف أنه قصد بذلك إبراء ذمته ، فإن المسئولية العقدية من فعل الغير لا تثور . وهذا ظاهر فى أحوال أخرى نص عليها القانون .

من ذلك أن أمين النقل لا يسأل عن وسيط النقل إذا كان اسم هذا الوسيط قد عين فى وثيقة النقل ، إذ يعتبر ذلك تنازلا عن مسئولية الأصيل لتقوم مقامها مسئولية هذا الناقل المتوسط[٣] .

ومن ذلك أيضاً حكم المادة ٥٩٧ مصرى إذ نصت على براءة ذمة المستأجر الأصلى قبل المؤجر :

١ — فى حالة ما إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن .

٢ — إذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له من المستأجر من الباطن دون أن يبدى أى تحفظ فى شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلى .

---

(١) يذهب بعض الفقهاء خطأ إلى اعتبار المسئولية الواردة فى المادة ٧٠٨ ف ٢ عبارة عن مسئولية عقدية عن فعل الغير . وهذا خطأ واضح فإن المسئولية هنا ليست إلا مسئولية عن الفعل الشخصى على أساس الخطأ فى الاختيار أو الخطأ فى إصدار التعليمات قارن بهجت بدوى ص ٤٥٨ الوسيط ص ٦٦٧ نبذة ٤٣١ .

(٢) سليمان مرقص رسالة القاهرة ص ٤١٤ والحكم فى سيرى ١٨٧١ — ٢ — ١٧٥ .

(٣) استئناف مختلط ١٩٣٥/٥/١٥ المجموعة الرسمية ٤٧ ص ٣١١ .

ومن هنا يتبين أن حكم محكمة « رين » صحيح حيث أن المحكمة لم تتبين بحق وجهاً لذلك التنازل الصريح ، وكان حكمها صحيحاً فى إثباتها للمسئولية العقدية عن فعل الغير فى هذه الحالة .

ونلاحظ أخيراً أن فى رجوع البديل هو الآخر إلى الأعوان ، يطبق حكم القاعدة العامة فى المسئولية العقدية عن فعل الغير .

ولقد ألمعنا إلى أن من البدلاء الذين قد يستخدمهم المدين فى تنفيذ التزاماته العقدية ، النائب القانونى (مع التجاوز فى التعبير باستعمال لفظ يستخدم) . ففى الحقيقة أن القانون هو الذى يسخرهم لهذا التنفيذ . وكذلك يعتبر النائب الاتفاقى من البدلاء إذا قام بالتنفيذ لحساب الموكل . وسنتكلم فيما يلى عن مسئولية المدين قبل الدائن عن أفعال نائبه القانونى ونائبه الاتفاقى .

الفرع الأول

فى مسئولية المدين عن نائبه القانونى

فى تنفيذ الالتزام العقدى

لقد تعرضنا سابقاً لمسألة المسئولية العقدية عن فعل النائب القانونى[١] ، وقلنا أن النائب القانونى لا يمكن أن يعتبر نائباً بالمعنى الفنى لهذه الكلمة للأصيل فى هذه الحالة ، وقلنا أن قواعد العدالة تقضى بعدم مسائلة الأصيل عن أفعال النائب القانونى الضارة أثناء تأدية وظيفته ، وهذا ما دعا المشرع الألمانى إلى النص على مسئوليته ووضعه على قدم المساواة فى ذلك مع المعاون . وهذا ما فعله القانون البولونى أيضاً . وقلنا أن فقهاء القانون السويسرى يرون تطبيق حكم المادة ١٠١ على النائب القانونى من باب القياس ، وقد عرضنا لرأى « بازولا » فى هذا الشأن .

ونزيد على ذلك بأنه قد جرت التفرقة بحق ، بين أن يقوم النائب القانونى بأعمال قانونية ، وهنا لا خلاف فى أن أعماله التى وقعت منه فى حدود نيابته ،

(١) راجع أعلاه فى مشكلة المسئولية العقدية فى فترة تكوين العقد الكتاب الأول الباب الرابع .

يجب أن تسرى على الأصيل طبقاً للمبدأ العام فى النيابة التى نصت عليه مختلف التشريعات (مادة ١٠٥ من القانون الجديد) وبين ما إذا أقام النائب القانونى بأعمال مادية — ويكون فى ذلك كالتابع — . فهنا تظهر الفائدة التى تعود من النص على مسئوليته إلى جانب مسئولية هذا الأخير ، وهذا هو ما فعله المشرع الألمانى . ويكون الأصيل فى هذا القانون ملزماً طبقاً لمقتضيات حفظ التوازن الاقتصادى بين الأطراف ووجوب حماية الثقة بين المتعاقدين . وقد ذكرنا أنه بغير ذلك يحجم المتعاملون عن التعامل مع النائب القانونى .

وقد ذهبنا إلى القول أيضاً إلى أننا نعتبر مبدأ مسئولية الأصيل عن الأعمال القانونية ، طبقاً للمبدأ العام فى النيابة عن فعل النائب القانونى ، قائماً على نفس الأساس الذى يقوم عليه مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ، وهو الضمان القانونى . على أن هذا الوضع غير ظاهر الخطورة من الناحية العملية إذ سواء أكانت المسئولية هنا مسئولية عن فعل الغير أم مسئولية شخصية بالنسبة للأصيل ، فإن هذا الأخير لمسئول على كل حال ، ولن تختلف الآثار ما دامت المسئولية قد تحققت فى كلا الوضعين .

ولكن الصعوبة تقوم فيما يتعلق بأفعال النائب القانونى المادية . ونحن نرى ألا مناص من وجود نص يحكم هذه الحالة المادية . وإلا بقيت هذه المسألة بغير حل . ويمكن القول أنه تحت الظروف التى تحكم القانون المصرى الجديد لا يجوز مساءلة القاصر عن أفعال الأصيل المادية عند تنفيذه للالتزام . والقول بغير ذلك لا يقوم على أساس من نصوص القانون . والقضاء يحكم على الدوام بعدم مسئولية القاصر عن الأفعال الضارة التى يرتكبها الوصى فى أثناء تنفيذه الالتزام العقدى[1] .

---

(١) وقد حكمت محكمة استئناف مصر أن أعمال الوكيل المختار ملزمه لموكله ما دامت فى حدود التوكيل . أما الوكيل القضائى كالقيم فلا تكون أعماله ملزمة للمحجور عليه إذا ترتب عليها ضرر للغير بل تقع تبعتها فى هذه الحالة على القيم وحده .. وحيث أن القانون أوجد توكيلين أحدهما اختيارى وهو الصادر من الموكل الذى اختاره بإرادته . فكل عمل ضار للغير عمله هذا الوكيل تقع تبعته على الموكل . والثانى وهو التوكيل القضائى فالضرر الذى يلحق الغير ويطلب =

الفرع الثانى

مسئولية الوكيل عن أفعال وكيله فى أثناء تنفيذ الالتزام العقدى

أشرنا سابقاً عند دراستنا لمسئولية الموكل عن أفعال وكيله فى فترة تكوين العقد إلى أن النائب الاتفاقى هو — حسب الراجح من الرأى فى الفقه والقضاء فى كل من ألمانيا وسويسرا وفرنسا ومصر — من يقوم بأداء عمل قانونى لحساب الأصيل ، ولذلك فيمكن أن تثور مشكلة مسئولية الموكل (الأصيل) عن أفعال الوكيل القانونية فى تنفيذ الالتزام .

ولعل من السهل تصور قيام هذه المسئولية أثناء أداء العمل القانونى فى تنفيذ الالتزام من قبل الوكيل . وأن الصعوبة التى منعت من قيام مسئولية القاصر عن أعمال الوصى لتنتهى فى هذه الحالة وتتلاشى . إذ أن العقبة التى كانت تقوم فى وجه هذه المسئولية من وجوب حماية القاصر تزول بالنسبة للموكل الاتفاقى . ولذلك يكون فى استطاعتنا القول بقيام مسئولية الموكل عن أفعال وكيله فى تنفيذ الالتزام فيما إذا ارتكب هذا الوكيل فعلا خطأ أدى به إلى الإخلال بتنفيذ ذلك الالتزام العقدى . ويمكن أن تؤسس هذه المسئولية فى هذه الحالة على أساس من المبدأ العام فى النيابة[1] حيث يمكن اعتبار جميع أفعال الوكيل كأفعال الأصيل مادامت قائمة فى حدود النيابة أو الوكالة .

= عنه تعويض لاتقع تبعته مطلقا على المحجور عليه بل يكون ملزما به نفس القيم المذكور إذ أنه في الحالة الأولى يكون تعويض الضرر على الموكل لأنه لم يحسن الاختيار وأخطأ فيه أما فى الحالة الثانية فإن الاختيار حصل من غيره فلا يسأل عنه إذ الشريعة تحافظ كل المحافظة على أحوال المحجور عليه.

استئناف ١/٣/٩١١ المجموعة رقم سنة ٢٣ الفهرس العشرى الأول للمجموعة رقم الحكم ١٦٣٧ ص ٢١٤ . وراجع استئناف مصر فى ٤/١/١٨٩٤ مجلة القضاء السنة ١٨٩٥ ص ٢٩٢ وراجع نقض فرنسى فى ٢١/٣/١٨٩٣ : تقول محكمة النقض لايسأل القاصر عن الأفعال التقصيرية ولا عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يرتكبه الوصى فى أثناء أو بمناسبة أدائه لوظيفة الوصاية (سيرى ١٨٩٥ — ١ — ٢٤١) .

وراجع أيضا فى عدم مسئولية الوقف عن أعمال الناظر طبقا المادة ١٥٣ مصرى قديم ١٧٤ جديد حكم محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٠ — ٣ — ١٩٣٧ مجموعة سنة ٣٨ رقم الحكم ١٥٢ لأن الناظر إنما يمثل الوقف بما فيه صالحه وفائدته طبقا للشروط المنصوص عليها فى الشريعة .

وراجع أيضا محكمة استئناف مصر ٢٥/١/١٩٣٤ الجازيت ١٩٣٧/١٩٣٨ ص ٤٠ رقم ٣٥

(١) المادة ١٩٩٤ من القانون الفرنسى والمادة ١٠٥ من القانون الجديد .

أما فى الأحوال التى لا يكون فيها الوكيل تابعا فيمكن القول أيضا — طبقاً لما هو معروف من أن المدين يسأل عن فعل كل الأشخاص الذين يستدعيهم للتنفيذ بدلا عنه — بجواز قيام مسئولية الموكل عن أفعال وكيله فى تنفيذ الالتزام وفقاً للمبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير .

وعندى أن المقياس الوحيد الذى يشمل جميع هؤلاء الذين أشرنا إليهم هو أن المدين يسأل عن أفعال كافة الذين لهم معه علاقة أو رابطة متعلقة بموضوع الالتزام الذى التزم به قبل الدائن وعهد إليهم بشأن من شئونه .

ومن هنا ندرك أن « بيكيه » قد خانه التوفيق عندما أراد أن يميز فى عقود السكن فى الفنادق بين مسئولية أصحابها عن أفعال المترددين عليها ، وبين مسئوليتهم عن أفعال معاونيهم ومستخدميهم . واعتبر المسئولية فى الحالة الأولى مسئولية عقدية عن أفعالهم الشخصية على أساس وجود قرينة الخطأ فى مراقبة نزلاء الفندق أو الخان .

على أنه يسهل الآن الرد على هـذا الرأى : بأن هؤلاء الذين يترددون على الفندق يمكن اعتبارهم بكل سهولة من الأشخاص الذين تجمعهم والمدين صاحب الفندق علاقة تخص موضوع الالتزام التعاقدى القائم .

والمسئولية هنا أساسها الضمان القانونى الذى يلقى على عاتق كل متعاقد عن أفعال غيره ممن تتعلق أفعالهم بموضوع الالتزام التعاقدى .

وإذا توخينا الدقة لقلنا أن هذا المقياس هو المقياس اليتم الذى يمكن أن تقاس به كل حالة من حالات المسئولية العقدية عن فعل الغير .

ونخلص من هـذا كله إلى أن المدين يسأل عن فعل كل شخص عهد إليه بتنفيذ الالتزام التعاقدى الذى التزم هو به ، أو تركه يمارس حقا من حقوقه التى تلقاها بالعقد ، وأنه بالنظر إلى هذا المعيار ، يسأل عن أتباعه وأعوانه ونائبه القانونى وعن وكيله . ولا يشترط إذن لقيام المسئولية العقدية عن فعل الغير قيام علاقة التبعية بين المدين وبين ذلك « الغير » الذى يستخدمه فى التنفيذ أو يمارس

برضاه بعض حقوقه . ومن هنا يظهر أن نطاق المسئولية العقدية عن فعل الغير أوسع من نطاق المسئولية المقابلة : المسئولية التقصيرية عن فعل الغير . حيث يشترط فيها قيام علاقة التبعية بين المسئول وبين فاعل الضرر . وتطبيقاً لذلك حكم بأن الزوج لا يسأل عن زوجته مسئولية تقصيرية ، فليست هناك بينهما علاقة تبعية على النحو الذى يلزم لتطبيق المادة (١٣٨٤ ف / ١٧٤ مصرى) على أنه قد يسأل عن أفعالها مسئولية عقدية ، كما لو كان مستأجراً فحصل الضرر فى المأجور بفعلها ، وذلك طبقاً للمادة (١٧٣٥) من القانون الفرنسى[١] ، ويمكن تطبيق هذا الحكم فى القانون المصرى والسويسرى والألمانى طبقاً للمواد ٢١٧/١٠١/٢٧٨ من هذه القوانين .

وإذا اتفق وسئل الشخص عن أفعال أبنائه وعن من عليه واجب مراقبتهم طبقاً للمادة (١٣٨٢/١٧٣ ف) فإنه من الواضح أن هذه المسئولية ليست مسئولية عن فعل الغير ، طالما أمكن للمسئول أن يدفع المسئولية بنفى الخطأ عن نفسه . فهى مسئولية شخصية مرجعها إلى القواعد العامة . وقد كان « بلانيول » أول من نبه إلى ذلك[٢] أما فى وضع المسئولية عن فعل الغير ، فإن المدين يسأل عن أفعال هؤلاء مسئولية مطلقة .

وتعليل قيام مسئولية المدين العقدية من حيث الأشخاص على أوسع مما تقوم عليه مسئولية المتبوع التقصيرية ، أمر فى غاية اليسر والسهولة . فالمدين ، طبقاً للقاعدة العامة فى المسئولية العقدية عن فعل الغير التى تنتصب إلى جانب القاعدة العامة فى المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى ، يسأل ابتداء عن عدم تنفيذ الالتزام العقدى بفعل جميع الأشخاص سوى من كانوا أجانب بالمعنى الذى يكوّن السبب الأجنبى ، فى حين أن العكس هو الحاصل بالنسبة للمسئولية التقصيرية عن فعل الغير ، إذ إنها تقوم استثناء يرد على المسئولية التقصيرية عن الخطأ الشخصى ، ولهذا بنيت على أساس من علاقة التبعية فحسب .

---

(١) نقض عرائض ٢١/١٠/٩٠١ داللوز ١٩٠١ — ١ — ٥٢٤ .

(٢) راجع مازو جزء ١ نبذة ٧٦٧ والسنهورى الوسيط هامش ص ١٠٠٥ .

الفصل الثالث

مسئولية الشخص المعنوى العقدية عن فعل الغير

فى كل الأحوال التى عالجناها فيما سبق يبدو واضحاً أن الكلام فيها كان قد انصرف إلى مسئولية الشخص الطبيعى عن أفعال الذين ذكرناهم ممن يسأل عنهم . فما هو الموقف بالنسبة للشخص المعنوى ؟

من المعلوم فى فقه القانون الوضعى أن الشخص المعنوى هو كالشخص الطبيعى سواء بسواء وذلك على الأقل من ناحية المسئولية المدنية ، وهو لذلك قابل لأن يسأل مسئولية عقدية . حيث أن للشخص المعنوى ذمة مالية متميزة ، يستوى فى هـذا أشخاص العام ، العام كالدول والمؤسسات العامة الأخرى عند ما تقوم هذه الأشخاص بنشاط يتعلق بالقانون الخاص ، وأشخاص القانون الخاص من شركات ومؤسسات[1] .

وتثار عادة مشكلة مسئولية الشخص المعنوى العقدية عند عدم تنفيذ الالتزامات التى عقدت باسمه فى حالتين :

١ ـ الحالة الأولى : هى مسئولية الشخص المعنوى عن أفعال المستخدمين والعمال وغيرهم من المعاونين والأتباع .

٢ ـ الحالة الثانية : هى مسئولية هذا الشخص المعنوى عن أفعال المدير ومجلس الإدارة .

ولا نزاع فى أن مسئولية الشخص المعنوى عن أفعال الأعوان إنما هى مسئولية عقدية عن فعل الغير متى عهد الشخص المعنوى أمر تنفيذ الالتزامات إلى هؤلاء بواسطة مجلس الإدارة أو المدير . أو بالأدق أن مسئوليته تشمل جميع الأفعال الخطأ التى ترتبت من فعل أشخاص لهم معه أية علاقة تخص موضوع الالتزام القائم بينه وبين الأطراف .

غير أن النزاع قد جرى فيما يتعلق بالحالة الثانية .

---

(١) راجع ديموج جـ ٦ ص ٦٣٢ .

وقد قيل بنظريتين فى هذه المسئولية :

ذهب بعض الفقهاء إلى أن مسئولية الشخص المعنوى هى مسئولية شخصية بناء على انعدام إرادة الشخص المعنوى . وليس غير إرادة المدير أو مجلس الإدارة من يعبر عن حقيقة الالتزامات والتعاقدات التى تحصل بين الشخص الشخص المعنوى والأطراف الآخرين . إن شخصية الشخص المعنوى لتندمج فى شخصية المدير أو مجلس الإدارة ، وبذلك يكون عمل المدير بالنسبة لعدم تنفيذه الالتزامات التى عقدها ، عبارة عن عدم تنفيذ تتحقق بموجبه المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى .

وذهب رأى آخر من الفقهاء إلى اعتبار هذه المسئولية مسئولية عقدية عن فعل الغير . بناء على أن للشخص المعنوى شخصية مستقلة عن شخصية المدير أو مجلس الإدارة ، وأن المدير أو المجلس هو نائب للشخص المعنوى فى القيام بحقوق أو التزامات الشركة .

وعندى أن الرأى الذى يقرر وجود إرادة خاصة للشخص المعنوى هو الأقرب إلى الصحة طبقاً للتصور الحديث لفكرة الشخص المعنوى .

ويطبق فى هذه الحالة حكم الوكيل الاتفاقى بالنسبة للشخص الطبيعى على حالة المدير ، أو مجلس الإدارة ، أو العضو الذى يمثل الشخص المعنوى فى علاقاته بالكافة .

ويستهدف هذا الرأى للاعتراض فى أن هذا يؤدى إلى جواز اشتراط الإعفاء طبقاً للمادة ٢١٧ من القانون الجديد بالنظر للشخص المعنوى عن أفعال المدير أو مجلس الإدارة . ولهذا ذهب الدكتور السنهورى إلى الرأى الأول حتى يدفع هذا الاعتراض[١] . ونحن نرى أنه لا مانع يمنع مبدئياً ، من جواز اشتراط الشركة اعفاءها من الخطأ البسيط أو الخطأ الجسيم الذى يقع فيه مديرها مثلا ، على أن يلاحظ إمكان إبطال هذا الشرط إذا تبين أنه من شروط الأذعان . ويمكننا بذلك الوصول إلى تحقيق التناسق المنطقى فى أحكام القانون ، وإلى ملاءمة هذه الأحكام لواقع الحياة العملية .

---

(١) الوسيط هامش ص ٦٧٧ .

وقد ألمعنا فيما سبق أنه لا غبار على جواز قيام مسئولية الموكل عن أفعال وكيله مسئولية عقدية عن فعل الغير طبقاً للمادة ٢١٧ وهذا التطابق بين مسئولية الشخص المعنوى وبين مسئولية الشخص الطبيعى فى هذه الحالة مقرر فى كافة التشريعات وخصوصاً تلك التشريعات التى تنص على مبدأ عام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير .

وقد حكم فى سويسرا بأن إدارة إحدى البلديات إذا ما تدخلت فى تجارة الأخشاب ، واختارت شخصاً للقيام بهذه المهمة فإن هذه الإدارة تسأل عن تنفيذ الالتزام وعن فعل هذا الشخص فى هذا الخصوص[1] .

وفى المشروعات الخاصة حكم بأن شركة التأمين تسأل عن أعمال أعوانها باعتبارهم هذا[2] .

وفى ألمانيا يطبق حكم المادة ٢٧٨ على الشخص المعنوى فى حالة عدم تنفيذ الالتزام الحاصل من فعل أحد رجاله .

وقد أصبح اليوم مجال تطبيق هذه المادة من حيث الأشخاص يشمل أيضاً أشخاص القانون العام عن أفعال تابعيهم لصالح الدائن على شرط أن يكون الدائن شخصاً معيناً بالذات[3] .

وقد كتب « سالى » فى هذا المقام يقول : هناك أمر لا تتطرق إليه صعوبة ما ، ذلكم هو مسئولية الأشخاص المعنوية عن تنفيذ الالتزام أو عن التنفيذ الخطأ لهذا الالتزام عن طريق الغش الذى يرتكبه رجالها .

ومن المنطق أن الشخص المعنوى لم يعط لهؤلاء النواب سلطة ارتكاب الغش وإظهار سوء النية فى تنفيذ الالتزامات العقدية ، ولهذا يجب أن يبحث الأساس الصحيح فى هذه المسئولية وهو الضمان . فإن أساس مسئولية هؤلاء الأشخاص المعنوية هى أنهم ضمنوا تنفيذ الالتزامات التى يعقدها رجالها

---

(١) بازولا ص ١١٨ .

(٢) بازولا ص ؟

(٣) بازولا ص ١٢٩ .

كما لو كانت هذه الالتزامات تنفذ بواسطة هذا الشخص المعنوى أو هذه الأشخاص المعنوية بنفسها لو أمكنها ذلك[1].

وفى القضاء المصرى حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ ١٩١٣/٦/١١ بأن مدير الشركة يعتبر تابعاً للشركة بخلاف الشركاء[2].

جواز الرجوع على « الغير » الذى ارتكب الفعل الخطأ مسبباً الضرر الذى سئل عنه المدين:

ومن المقرر أنه يمكن للمدين أن يرجع على الشخص الذى ارتكب الفعل الخطأ الذى سئل هو عنه[3]. وهذا يصدق على المسئولية العقدية عن فعل الغير كما يصدق على المسئولية التقصيرية عن فعل الغير.

---

(١) سالى — النظرية العامة ص ٣٩١ نبذة ٣٢٠.

(٢) م ع ٢٥ ص ٤٣٥. وراجع أيضا فى نفس المعنى نفس المحكمة فى حكمها بتاريخ ٢٣/١/٣٠ ٣٥ ص ١٨٩.

(٣) راجع ديموج ج ٦ ص ٦٣٥ وبيكيه المرجع السالف الذكر ص ٣١٦.

الباب الرابع

تطبيقات مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير

تظهر أهم التطبيقات التى أوردها مشرع القانون الجديد لمبدأ المسئولية عن فعل الغير ، فى أحوال الإيجار ، وعقود المقاولة وفى بعض أنواع الوديعة . ويعتبر من أهم تطبيقاته أيضاً المسئولية عن حوادث النقل ، وسنتكلم لذلك عن هذه الأحوال فيما يلى :

١ — مسئولية المؤجر والمستأجر عن أفعال من يسألان عنهم

لقد أورد القانون الجديد تطبيقات مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير فى الإيجار فى عدة مواد . فالمادة (٥٧١ ف ٢) تناولت مسئولية المؤجر عن أفعال أتباعه (بالمعنى الواسع لهذه الكلمة) ، وقد نصت على أنه « ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التى تصدر منه أو من اتباعه بل يمتد هذا الضمان الخ .. وقد جاء المشرع المصرى بهذا النص تأكيدا للمبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير المشار إليه عرضا فى المادة (٢١٧) من القانون الجديد . وقد ورد مثل هذا النص الذى هو نص المادة (٥٧١ ف ٢) فى القانون اللبنانى (م ٥٥٣) وفى القانون العراقى م (٧٣٥) وفى القانون المراكشى (م ٦٤٤) .

وتعرض كل هذه النصوص لحالة من حالات المسئولية العقدية عن فعل الغير ، بالإضافة إلى أنها تعرض فى الوقت نفسه للضمان المعروف فى البيع والإيجار ، فى حالة « التعرض » . وإذا أدركنا ما تتميز به المسئولية بالمعنى الفنى الدقيق عن الضمان ، ولو أخذنا مثلا لذلك ضمان التعرض فى الإيجار الذى يقوم على عدم تحقق النتيجة التى يقصد إليها المستأجر من الإيجار بحصول التعرض وبعدم تمكينه بالتالى من الانتفاع نتيجة لهذا التعرض ، وإذا لاحظنا أن المسئولية

ترتبط تماما بفكرة الخطأ ، لاتضح لنا صدق القول بأن المسئولية عن فعل الغير ما هى إلا صورة من صور الضمان .

وعلى كل فإن ضمان المؤجر لا يقتصر على الأفعال التى تصدر منه شخصيا بل يمتد إلى الأفعال التى تصدر من أتباعه كالبواب وخفير الزراعة والبستانى[١]

ويشترط لشغل مسئولية المؤجر :

(١) أن يقع الإخلال نتيجة فعل شخص يعتبر من أتباعه . ويجب أن يتوسع فى معنى التابع فلا نقصره على الشخص الذى يعمل تحت إشراف المتبوع وتوجيهه كالبواب والخادم كما هو المعنى العادى للفظ التابع الذى قصده الشارع فى المادة (١٧٤) ، ولكنه يشمل كل شخص يقوم بعمل نتيجة رضا المؤجر ولو لم يكن تحت توجيهه وإرشاده كالمهندس والمقاول الذى يعهد إليه بإجراء ترميم فى العين[٢] .

(٢) أن يقع الإخلال من التابع فى أثناء تأدية وظيفته أو بسبب هذا الأداء[٣] كما لو أهان البواب المستأجر أو أحد تابعيه أو زائريه . أما إذا كان الفعل الذى أجراه التابع غير داخل فى مهنته فلا يضمنه المؤجر كما إذا أرسل المستأجر البواب ليشترى له شيئا فبدد النقود .

ويمكن أن يقال أن جميع الأفعال التى يأتيها التابع مخالفاً مخالفة صريحة أوامر المتبوع (المؤجر) تعتبر خروجاً من التابع عن أعمال الوظيفة ، وقد تؤدى إلى نفى صفة التابع عنه ، كما إذا طرد الأب ابنه البالغ من البيت أو طرد خادمه منه ، فأشعل أحدهما النار فيه .

---

(١) راجع عبد الفتاح عبد الباقى : محاضرات فى العقود : الإيجار ص ١٥٢ وما بعدها والسنهورى عقد الإيجار ص ٣٠٢ ، وسابان مرقص إيجار الأشياء بالفرنسية ١٩٤٧ ص ١١١ .

(٢) وقد حكمت محكمة شامبرى فى ١٨٧٨/١٢/١٣ بمسئولية المؤجر عن أعمال المقاول الذى يصيب أحد أولاد المستأجر بالضرر مسئولية عقدية طبقا للمادة ١٧٣٥ ف ٠ سيرى ١٨٧٨ — ٢ — ١٧٣ .

(٣) على أن يكون فعل الغير متعلقاً بالمهمة التى عهدت إليه ومتصلا بها وإلا انتفت مسئولية المدين العقدية وأمكن البحث فى جواز الرجوع إلى المسئولية التقصيرية طبقا للمادة (١٣٨٤/١٧٤) راجع الباب الثانى فى هذا الكتاب ص ٢١٦ وما بعدها

٣ — أن لا يأتى فعل التابع نتيجة تقصير من المستأجر . فى هذه الحالة لا يستطيع هذا الأخير أن يشكو من فعل كان السبب فيه تقصيره هو [١] .

وفى القضاء المصرى والقضاء الفرنسى تطبيقات كثيرة فى هذا الخصوص [٢]

هذا ولم يورد المشرع المصرى تطبيقاً آخر معروف يعتبر من أهم التطبيقات للمبدأ فى القانون الفرنسى والذى يتعلق بمسئولية المستأجر فى أفعال أشخاص المنزل personnes de la maison . بل اقتصر المشرع على النص الوارد فى المادة (٥٨٢) بأنه : يجب على المستأجر أن يبذل من العناية فى استعمال العين المؤجرة وفى المحافظة عليها ما يبذله الرجل العادى . وهو مسئول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشىء عن استعمالها استعمالا مألوفا . ويقرر الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى أنه لا شك فى اتباع هذا الحكم فى حالة مسئولية المستأجر عن هؤلاء (أشخاص المنزل)، إذ أن مجرد ادخاله لشخص ما فى العين يجعله مسئولا قبل المؤجر شخصيا ، ويعتبر المستأجر قد تسبب فى التلف الذى أحدثه أحد النازلين لمجرد أنه سمح له بالدخول فى العين المأجورة [٣] . وعندى أن هذا التصوير غير صحيح فلا يمكن القول أبداً بأن المستأجر يخطىء بمجرد أن يسمح باستعمال العين للأشخاص الذين يوجدون عادة فيها ، إذ أن هذا الأمر من صميم حقوقه ، وقد أشارت المادة (١٠١) من قانون الالتزامات السويسرى ، وهى المادة التى تقيم مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير، إلى ذلك صراحة ، ورتبت بالرغم منه ، مسئولية كل شخص يدع غيره يمارس حقاً من حقوقه هو . ثم أن الدكتور عبد الفتاح نفسه يسلم بأن المؤجر إنما يسأل عن أفعال تابعه إذا أضر بالشخص الذى يوجد فى المحل المستأجر، وكان هذا الشخص ذا علاقة مع المستأجر نفسه كالزائر وغيره . وعلى هذا يكون القول بتأسيس مسئولية المستأجر عن فعل من يوجد فى المأجور برضاه على أساس الخطأ الشخصى ، تأسيسا

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى المرجع المشار إليه سالفا ص ١٥٢ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٩٢٨/١٢/٢٧ النشرة القضائية لسنة ٢١ ص ١٤٠ واستئناف مصر فى ١٩٢١/١/١٣ سنة ٢١ الفهرست العشرى رقم ٣١٢ ص ١٧٤ ومحكمة السين المدنية فى ١٩٤٣/١١/٣٠ جازيت دى باليه ١٩٤٤ — ١ — ٥٧ ومحكمة استئناف باريس فى ١٩٤٣/٧/١٣ جازيت دى باليه ١٩٤٣ — ٢ — ١٠٥ .

(٣) المرجع المشار إليه سالفاً هامش ص ٢١٥ .

خاطئاً . ويمكن القول بأن أساس هذه المسئولية قائم على الضمان القانونى : ضمان المستأجر لأفعال الذين يوجدون فى العين المأجورة بإرادته الصريحة أو الضمنية ، وذلك طبقاً للمبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير . وعلى هذا فيسأل المستأجر عن التلف أو الهلاك الذى يحصل نتيجة فعل أشخاص المنزل من أفراد عائلته أو خدمه أو زائريه ، وعلى العموم عن فعل كل شخص يسمح له بالدخول فى العين[1] .

وقد طبق القضاء المصرى فى ظل القانون القديم هذا الرأى فى كثير من أحكامه[2] . والقضاء الفرنسى ملىء بمثل هذه الأحكام أيضا[3] .

ومن تطبيقات مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير فى الإيجار أيضا ماجاء فى نص المادة (٥٩٥) مصرى — ٧٧٧ عراقى وبعد أن أقر المشرع المصرى جواز التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن م (٥٩٣) ، نص فى المادة المشار إليها (٥٩٥) على أن المستأجر يبقى ضامنا للمتنازل له عن الإيجار فى تنفيذ التزامه (المواد ١٧١٧ فرنسى — ٧٧٢ تونسى ، ٦٦٨ مراكشى ٥٤٩ ألمانى ، ٢٦١ سويسرى) . وتطبيقاً لذلك إذا لم يدفع المتنازل له عن الإيجار أو المستأجر من الباطن الاجرة ، أو أساء أحدهما استعمال العين أو أحدث بها تلفا أو لم يردها فى الميعاد كان للمؤجر أن يرجع على المستاجر على أساس أنه الضامن لهؤلاء فى تنفيذ التزامهم[4] .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢١٥ وسليمان مرقص : الإيجار ص ١٤٠ وما بعدها السنهورى الإيجار ص ٣٤ و ص ٣٤٨ وما بعدها وراجع أيضا المادة ٢٦١ ف ٢ سويسرى .

(٢) وقد حكمت محكمة استئناف مصر فى ١٩٢١/١/٢٢ بأن من استأجر محلا بغرض جعله فندقاً فانهد الفندق بحريق ناشىء عن إهمال أحد سا كنيه كان المستأجر مسئولا قبل المالك عن ذلك طبقا للمادة ٣٧٨ . مجموعة سنة ٢١ رقم ٦٧ الفهرست العشرى تحت رقم ١٣١٢ ص ١٧٣ واستئناف مصر فى ١٩٢٣/١/٣١ مجموعة سنة ٢٥ رقم ٤٨ الفهرست تحت رقم ١٣١٦ ص ١٧٣

(٣) محكمة سك Sek فى ١٩٤١/٤/٨ داللوز ٢ ١٩٤٢ — ١ — ص ١٣ واستئناف باريس فى ٤٦/٥/٢٢ جازيت دى باليه ١٩٤٦ — ٢ — ٦ ونقض فرنسى فى ١٩٢٥/٧/٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ ص ٥٥٣ .

(٤) عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٨٣ واستئناف مختلط ١٩٠٠/١١/١٣ النشرة القضائية سنة ٢٣ ص ١٠ وراجع روسل ج ٣ ص ٣١٦ وراجع curti فى شرح القانون المدنى والتجارى =

على أن هذه المسئولية قد ترتفع إذا ما صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن أو إذا استوفى المؤجر الأجرة مباشرة من المتنازل له عن الإيجار أو المستأجر من الباطن ودون أن يبدى تحفظاً فى شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلى (م ٥٩٧ مصرى ٧٧٨ عراقى) .

٢ — المسئولية العقدية عن فعل الغير فى عقود المقاولة

ومن الحالات التى طبق فيها المشرع الجديد المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير حالة عقود المقاولة من الباطن فنص فى المادة (٦٦١) على أنه يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن . . ولكنه يبقى فى هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل . وقد كان هذا التطبيق وارداً أيضاً فى القانون القديم م ٤١٣/٥٠٥ . وهو نفس الحكم الوارد فى المادة (١٧٩٧) من القانون الفرنسى والمواد (٤٨٠ بولونى و ٣٦٤ سويسرى و ٨٨٢ عراقى و ٧٧٤ تونسى .

وقد عرضت للقضاء المصرى والقضاء الفرنسى حالات كثيرة طبق فيها أحكام هذه المادة بوضوح[1].

وقد حكمت محكمة النقض الدائرة التجارية : أنه إذا ثبت مسئولية المقاول من الباطن بأن أهمل وترتب على هذا الإهمال ضرر بالغير كان المقاول الأصلى مسئولا عن هذا الإهمال طبقاً للمادة (٤١٣)[2].

= الانجليزى ص ١٤٦ . هذا ونلاحظ أنه ما من مانع يمنع تطبيق قواعد المسئولية عن فعل الغير فى هذه الحالة إذا ما حصل الإخلال بالتزام المستأجر مثلا بحفظ المأجور بفعل المستأجر من الباطن أو المتنازل له عن الإيجار رغما عن التصوير الذى يصوره الدكتور سليمان مرقص من أن هذه المواد تعالج وضع حوالة الحق وحوالة الدين (راجع كتابه عن الإيجار المشار إليه سالفاً هامش ص ١٦٦ والمراجع المشار إليها فيه .

(١) استئناف مختلط فى ٩٢٥/٥/٧ الجازيت ١٩٢٦ رقم ٧ ص ٨ واستئناف مختلط فى ١٩٢٩/٨/١٠ الجازيت سنة ٣١ ص ٣٨٧ واستئناف مختلط فى ١٩٢٩/١/١٧ الجازيت ١٩٢٩ — ١٩٣٠ رقم ٣٠ ص ٤١٢ ومحكمة بواتيه فى ١٩٠٤/١٢/١٢ دالloز ١٩٠٥ — ٢ — ٤٠٤ ونقض فرنسى فى ١٩٠٧/١/٣٠ دالوز ١٩١٠ — ١ — ٤٣٢ . والاسكندرية الكلية فى ٩٣٣/٢/٢١ الفهرست العشرى الثانى تحت رقم ٢٢٥٤ .

(٢) المجموعة سنة ٤٥ رقم ٢٨ ص ٥٢ .

ومن الواضح أن مسئولية المقاول لا تقتصر عند قيامها على الأفعال التى يأتيها المقاول الثانى ، فان المقاول ليسأل كذلك عن أفعال عماله وأتباعه طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية العقدية عن فعل الغير(١) .

(٣) تطبيقات المسئولية العقدية عن فعل الغير
فى الوديعة وفى بعض أنواعها

إن من أهم الالتزامات فى عقد الوديعة التزام الحفظ ، فهو المضمون الطبيعى لهذا العقد . وتحكم قواعد المسئولية فى عقد الوديعة المواد (٧١٩ ، ٧٢٠ ، ٧٢١) من القانون الجديد فيما يتعلق بالوديعة البسيطة ، والمادة (٧٢٧) فيما يتعلق بالوديعة الجارية ، ويماثل هذه الأحكام ما ورد فى المواد (٧٠١ — ٧٠٤) من القانون الألمانى(٢) .

تنص المادة (٧٢٠ مصرى ٩٥٣ عراقى) على أنه : إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية فى حفظ الشىء ما يبذله فى حفظ ماله دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد .

أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد .

وتنص المادة (٧٢١ مصرى ، ٩٥٣ عراقى) ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله فى حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئة عاجلة .

ويمكن تلخيص قواعد المسئولية العقدية عن فعل الغير فيما يتعلق بالوديعة بالنظر إلى هذه المواد كما يلى :

---

(١) قارن المواد ٤٧٣ ، ٤٧٤ ، ٤٨٧ من قانون الالتزامات السويسرى

(٢) فيما يتعلق بالقانون الإنجليزى انظر جكنس فى الوديعة ص ١٣٩ مادة ٤٤٩ . وقد ألمعنا فيما سبق إلى موقف الشريعة الإسلامية من أحكام الوديعة وفى بعض المذاهب لا تخرج هذه الأحكام عن الأحكام المقررة فى القوانين الحديثة . راجع الباب الأول فى الكتاب الأول من الرسالة ص ٦٤ وما بعدها .

١ ـ ففيما يتعلق بالوديعة بغير أجر يسأل الوديع طبقاً للقاعدة العامة فى المسئولية العقدية عن فعل الغير ، عما يصيب الوديعة من تلف أثناء حفظها وذلك فى الحدود التى يسأل فيها الوديع نفسه لو كان هو الذى قام بالفعل الذى أدى إلى تلف الوديعة .

وإجماع فقهاء الشريعة على أن الوديع لا يسأل عن فعل آخر غيره إلا بتعديه أو بتفريطه . فلو كان الوديع قد حفظ الوديعة كما يحفظ ماله وأتلفها أحد أبنائه أو أقربائه أو أصدقائه فانه يسأل طبقاً للمبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير فى القوانين الوضعية التى أخذت بالمبدأ العام ، ولا يسأل فى الشريعة . وهذه هى إحدى الحالات التى تدق فيها المشكلة فى القوانين الحديثة عندما لا نجد فى نصوص القانون نصاً يقيم ذلك المبدأ العام . إذ تبقى المشكلة متأرجحة بين اعتبارات مختلفة ، ومن هنا خاب أملنا بعض الشىء فى نص المادة ٢١٧ من القانون الجديد التى نصت على هذا المبدأ العام بصورة غير مباشرة فلم تسعفنا إلا قليلا .

٢ ـ أما فيما يتعلق بالوديعة بأجر فان الوديع يضمن أفعال غيره ممن أشرنا إليهم أى من كانت له معهم علاقة متعلقة بالشىء موضوع الوديعة وذلك طبقاً للمبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير، ولا صعوبة فى القول بهذه المسئولية[1] .

٣ ـ هذا ويمنع الوديع من إيداع الوديعة عند آخر غيره مهما كان هذا الشخص وصفته ، فاذا أودعها فيكون قد ارتكب خطأ يسأل عنه مسئولية شخصية[2] . وإذا دفعته ضرورة ملجئة عاجلة إلى إيداعها عند شخص آخر فلا يسأل إلا إذا ساء اختيار هذا الشخص ، وتكون مسئوليته هنا مسئولية شخصية أيضاً .

أما فيما يتعلق بالوديعة الجارية فقد نصت المادة (٧٢٧ مصرى و ٩٧٢

---

(١) راجع حكم استئناف مصر فى ١٩٣٢/١٢/٢٠ مجموعة ١٣ رقم ٤٣٣ ص ٨٨٢ .

(٢) ويستطيع الوديع أن يتخلص من المسئولية بإثبات أن الشىء المودع كان سيهلك على كل حال (راجع الدكتور محمد على عرفة : العقود الصغيرة ١٩٤٥ ص ١١٦ وما بعدها) .

عراقى) و ٧٠١ — ٧٠٤ ألمانى) على أنه يكون أصحاب الفنادق والخانات ومن ماثلهم فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء ، مسئولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان .

غير أنهم لا يكونون مسئولين فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة عن تعويض يجاوز خمسين جنيها ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة فى ذمتهم . أو يكونوا قد تسببوا فى وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من تابعيهم .

ويظهر من هذه المادة مدى ما وسع الشارع من مسئولية أو بالأحرى من ضمان أصحاب الفنادق والخانات فجاوز — من ناحية الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين — إلى أشخاص ليسوا من تابعى أصحاب الفندق أو الخان بل لا توجد بين هؤلاء وأولئك سوى علاقة واهية بعض الشىء فيما يخص موضوع المسئولية . فالمترددون على الفندق أو الخان وهم الأشخاص الذين يغدون ويروحون فى الفندق أو الخان والذين يطلق عليهم بالفرنسية «Allant et venant» اعتبروا فى هذه المادة من الأشخاص الذين يسأل عنهم أصحاب الفندق أو الخان . وتوضح الفقرة الثانية من هذه المادة مدى مسئولية أصحاب الفنادق والخان عن أخطاء تابعيهم عند امتناعهم عن تسلم الأشياء من المسافرين .

ويظهر كذلك أن هذه المادة تقيم ، فى فقرتها الأولى ، مسئولية شديدة على عاتق أصحاب الفنادق والخانات ، مما حدا بالقضاء إلى تضييق نطاق تطبيقها وقصرها على أصحاب الفنادق والخانات فحسب . ولذلك فلا تطبق هذه المادة على أصحاب المطاعم والمقاهى والملاهى أو أصحاب (البنسيونات) ، وحتى أن القضاء قرر أيضاً أن أصحاب الفنادق لا يسألون قبل الأشخاص الذين يقيمون عندهم لمدة طويلة[١] .

---

(١) راجع دكتور محمد على عرفة : العقود الصغيرة ص ٥٨ وما بعدها . وقد حكمت المحكمة العليا فى فينا فى ١٨٩٧/٤/٤ بأنه لا يمكن تشبيه صاحب المقهى بصاحب الفندق من ناحية مسئوليته عن سرقة أمتعة الزبون : الجازيت ١٩١١ — ١٩١٢ ص ٢٢ . وقد حكمت محكمة =

٤ — تطبيقات مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير في عقود النقل

من الأحوال الخطيرة التى تثور بشأنها المسئولية العقدية عن فعل الغير حوادث النقل التى أخذت تلفت النظر بازديادها وكثرتها فى الأزمنة الحديثة[١]. والنقل بنوعيه نقل الأشياء ونقل الأشخاص والنقل بعوض والنقل المجانى يخلق مشاكل عديدة فى تحديد طبيعة المسئولية ومداها . ثم أن المسئولية العقدية عن فعل الغير لتجد فى حوادث النقل فرصتها الذهبية فى التطبيق ، وذلك لأن الغالب فى النقل أن يكون برجوع الملتزم بالنقل إلى غيره ، من الأشخاص ليساعدوه فيه ليقوموا مقامه فى تنفيذه . وهذا ما يحدث عادة فى عقود النقل بالسكك الحديد أو عن طريق البحر أو عن طريق الجو . ولهذا سنقسم الكلام عن النقل إلى الكلام فى نقل الأشياء ثم فى نقل الأشخاص ثم نعرض إلى الكلام فى النقل المجانى .

نقل الأشياء :

ولقد أصبحت المشكلة مفروغا منها بالنظر إلى هذا النوع من أنواع النقل ، وسهل القول فيه اليوم بأن المسئولية التى تقع على عاتق متعهد النقل عبارة عن مسئولية عقدية[٢] .

ويخضع نقل الأشياء على العموم لقواعد القانون التجارى سواء أكان الناقل ينقل البضاعة مباشرة أم يلجأ فى ذلك إلى وسيط للنقل . والنقل البحرى يحكمه القانون البحرى الذى هو فرع من القانون التجارى أيضاً[٣] .

= باريس بأن الذين يسكنون مدة طويلة فى الفندق لا يمكن أن يعتبروا من قبيل المسافرين ولكن من قبيل المستأجرين فى علاقتهم بصاحب الفندق : باريس فى ١٩٣٠/٥/١٤ جازيت دى باليه ١٩٣٠ — ١ — ٨٦٥ . وراجع المواد (٥٥٠ — ٥٥٢) فى جنكس هامش ص ١٦٧ ويشير فيه إلى رأى لاموند فى أن المستأجر لغرفة فى الفندق أو الخان لا يعتبر مسافرا .

(١) عبد السلام ذهنى شرح القانون التجارى ص ٤١٤ وأحكام القضاء الفرنسى مشار إليها فى الهامش . والزينى ج ٢ ض ٩٧ .

(٢) راجع قانون التجارة العراقى رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ .

(٣) ومسئولية أمين النقل تقع عليه بحكم القانون إذ أنه يعتبر ضامنا لوصول البضاعة سليمة فى =

ويميل الفقه والقضاء اليوم إلى القول بقيام مسئولية الناقل حتى عن الحوادث الفجائية التى قد تقع فى حدود دائرة عمل الناقل . ومن باب أولى يجب القول بقيام مسئولية الناقل عن فعل الأشخاص الذين يعهد إليهم بأمر تنفيذ النقل أو بمساعدتهم له فيه .

وقد طبقت المادة (٩٨/٩٣) تجارى مصرى والمادة (٩٩) من القانون التجارى الفرنسى مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير . فنصت المادة المصرية على ما يأتى : ويكون الوكيل الأصلى بالعمولة ضامنا لأفعال الوكيل بالعمولة الذى وسطه وأرسل له البضائع إذا لم يعين التاجر فى خطاب الإرسالية المتوسط المذكور (يريد الوسيط : تعليق عبد السلام ذهنى القانون التجارى ص ٣١٤) فإن عينه فيه فلا يكون ضامنا لأفعاله .

ويلاحظ أن المادة (٩٩) تجارى المذكورة لم تذكر التفرقة بين ذكر الوسطاء بتذكرة النقل أو عدم ذكرهم . بل انفرد الشارع المصرى بذلك ، ويظهر أنه أخذها عن القضاء الفرنسى[1]. وقد أخذ مشرع القانون التجارى العراقى بنص المادة المصرية فى المادة (٣٠٨) ونقلها حرفياً[2].

وفى المادة (٣٣٣) من قانون التجارة العراقى أوضح المشرع مسئولية الناقل فقال : الناقل مسئول عن الأخطاء والأفعال الصادرة من قبل الناقلين الذين قاموا مقامة أو من قبل معاونيه والأشخاص الذين أودع إليهم نقل الأشياء حتى تسليم الأشياء للمرسل إليه .

= الميعاد المتفق عليه وطبيعة مسئولية أمين النقل عقدية (دكتور على الزينى ج ٢ ص ٧٥ وما بعدها) وراجع استئناف مختلط فى ١٩٢٤/٥/١٥ جازيت ١٩٢٣ — ١٩٢٤ حكم رقم ٤٠٨ ص ٢٦٧ . ومحكمة القاهرة المدنية فى ١٩٢٠/٥/٢٤ الجازيت ١٩١٩ — ١٩٢٠ ص ١٨٢ رقم ٢٨٤ . وراجع فى النقل الجوى محكمة القاهرة المختلطة فى ١٩٤٠/٦/٥ الجازيت سنة ٤٠ رقم ٢٢٥ ص ٣٧٦ . وراجع أيضا استئناف مصر فى ١٩١٠/٢/١٠ المجموعة سنة ١١ رقم ٩٢ ص ١٦٩ .

(١) عبد السلام ذهنى شرح القانون التجارى ص ٣١٤ وأحكام القضاء الفرنسى مشار إليها فى الهامش . والزينى ج ٢ ص ٩٧ .

(٢) قانون التجارة رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ .

ونقل الأشياء فى سويسرا تحكمه المادة (٤٥٦) من قانون الالتزامات . وكتب « روسل » فى هذا الصدد يقول : ثار النزاع على معرفة كيفية معالجة مشكلة مسئولية الناقل . هل يسأل عن الخطأ وهل يسأل أيضاً عن القوة القاهرة ؟ وإذا كان الجواب بنعم فكيف ؟ ويستطرد إلى القول أنه قد تقرر بصورة عامة فى يومنا هذا وجوب توسيع مسئولية الناقل . وفى الواقع أن لهذا الناقل سلطة مطلقة على البضاعة التى عهدت إليه ، ومادام من الصعوبة الوصول إلى إثبات خطئه ، أو ورد إثباته الحادث الفجائى عليه ، فإن جميع التشريعات الحديثة قد قررت مسئوليته حتى عن الحوادث الفجائية مالم ترق هذه الحوادث إلى مقام القوة القاهرة .

وفى المسئولية عن الوسطاء يقول : عند تسليم الشىء المعد للنقل إلى الناقل ، وخلال مدة النقل يسأل الناقل عن تنفيذ كل الالتزامات التى أخذها على عاتقه صراحة أو ضمناً . ولا يسأل الناقل عن تابعيه الذين يوجدون فى خدمته فحسب بل يسأل عن جميع الأشخاص والوسطاء الذين يستخدمهم لغرض تنفيذ النقل ولا يهم سواء أكان الناقل يشتغل لحسابه أم لحساب الغير (م ٤٤٩ سويسرى)[١] .

وفى النقل البحرى قرر المشرع المصرى مسئولية مالك السفينة عن أفعال الربان، وهذا هو أيضاً حكم المادة (٢١٦) تجارى فرنسى. وفى المادتين (٢٤/٢٥) قرر المشرع المصرى مسئولية الربان عن أفعال هيئة الملاحة م (٢٣٩ — ٢٤٠) تجارى فرنسى . وفى تجهيز السفينة يكون مجهز السفينة هو المسئول طبقاً لهذه المواد عن أفعال الربان[٢] . وتنص المادة (٣٦٠) من قانون التجارة العراقى على أنه « لا يكون الناقل مسئولا عن الحوادث التى يتعرض إليها المسافر قضاء وقدراً أثناء السفر مالم يثبت أنها حدثت بفعل الناقل أو بتقصيره أو بأفعال من هو مسئول عنهم .

---

(١) « روسل » المرجع المشار إليه أعلاه ص ٤٨١ — ٤٨٢ .

(٢) راجع حكم محكمة استئناف اسكندرية فى ١٩٥١/٤/٢٤ مجلة التشريع والقضاء ص ١٥١ رقم ٢ سنة ٣ حكم رقم ٥٤ وربير "Ripert" القانون البحرى ج ٢ نبذة ١٣٧٣ . وراجع محمد كامل أمين ملش القانون البحرى ص ٤٧٢ ج ٢ نبذة ٥٩٣ .

نقل الأشخاص :

كانت المسئولية عن الحوادث التى تقع للأشخاص أثناء النقل وما تزال محل الخلاف فى الفقه والقضاء . وقد حسم هذا الخلاف فى التشريعات الحديثة فقررت مسئولية الناقل عن الحوادث التى تقع للأشخاص أثناء النقل كالمادة (٦٨٨) لبنانى مثلا وكالمادة (٣٦٠) تجارى عراقى . وإن كان القانون المدنى الألمانى أقل شدة فى مسائلة الناقل للأشخاص بالقياس إلى مسئولية الناقل للأشياء وهو فى هذا كالقانون الإنجليزى كما يقول جنكس ففيه لا يضمن الناقل سلامة الأشخاص [١] . ونقل الأشخاص يخضع لقواعد المسئولية العقدية فى فرنسا منذ أن صدر حكم محكمة النقض فى نوفمبر ١٩١١ وقضاءها بوجود التزام بضمان سلامة المسافر على عاتق الناقل مطبقة نص المادة (١٧٨٤) التى تتعلق بنقل الأشياء على نقل الأشخاص . وقد اطردت أحكام المحاكم الفرنسية فى هذا الخصوص [٢].

أما فى مصر فالأحكام متضاربة بعضها يقول بخضوع نقل الأشخاص لقواعد المسئولية العقدية ، وبعضها يخضعه لقواعد المسئولية التقصيرية وهذا ما تذهب إليه المحاكم فى تونس ومراكش [٣] .

النقل المجانى .

تثير مشكلة النقل المجانى بعض الصعوبات خاصة وإن الفقه يفلسف المشكلة ويخلص منها إلى القول بعدم وجود عقد بين الناقل مجاناً وبين الشخص الذى يقوم بنقله . والقضاء يتجه إلى القول بأن المسئولية لا تقوم إلا على أساس الفعل الخطأ [٤] .

---

(١) جنكس ٥٧٧ ص ١٧٦ وراجع مارى دى فور المرجع السالف الذكر ص ٤٦ .

(٢) راجع مازو ج ١ ص ١٥٢ وما بعدها ونقض فرنسى فى ١٩١١/١١/٢١ إدالوز ١٩١١ — ١ — ١٤٩ ونقض فرنسى فى ١٩٢٥/١٢/٢ جازيت دى باليه ١٩٢٦ — ١ — ٢٨٥ ونقض فى ١٩٣١/٥/١٠ جازيت دى باليه ١٩٣١ — ٣ — ٢٠٩

(٣) الوسيط ص ٨١٦ وراجع أيضا محكمة الصلح فى كازابلانكا فى ١٩٣٧/١/٢٧ جازيت تونس ومراكش فى عدد ٢٦٣ ص ٩٣ .

(٤) الوسيط ص ٨١٦ ومازو ج ١ نبذة (١٥٢) وما بعدها .

ويذهب « لالو » إلى القول بقيام المسئولية العقدية فى حالة النقل المجانى . ويقول «جنكس» إن هذا هو حكم القانون الإنجليزى، ويقرر بأن الناقل مسئول عن فعله وعن أفعاله مستخدميه فى هذه الحالة[١] . وينقد البرت مونتل موقف القضاء الإيطالى فى الذهاب إلى اعتبار المسئولية التقصيرية فى حالة النقل المجانى[٢] . وعندى أنه لا يمكن وضع قاعدة جامدة فيما يتعلق بطبيعة المسئولية فى النقل المجانى . إن تطبيق قواعد المسئولية العقدية أو التقصيرية يلزم أن يعتمد بصفه خاصة على ظروف كل حالة بعينها، وليس ما يمنع بالطبع أن يكون النقل المجانى عقدا تتوافر فيه صفات عقد التبرع إذا ما تبين من الظروف الداخلية فيه ، كأن كان النقل لقاء أجرة تافهة مثلا ، أو من الظروف الخارجية كنية الأطراف ، قيام نية التعاقد .

من هنا يتبين ما لتحديد قيام العقد من أهمية فى تحديد طبيعة المسئولية وبالتالى فى تحديد مشكلة المسئولية عن فعل الغير فى هذه الأحوال .

آثار المسئولية العقدية عن فعل الغير :

أخيراً نصل إلى نهاية المطاف فى رسالتنا ونقرر أنه متى ما قامت هذه المسئولية فإنها من حيث آثارها هى والمسئولية العقدية عن الفعل الشخصى سواء ، فما هى من هذه الناحية إلا فرعاً من هذه المسئولية ولذلك تنتج من الآثار ما تنتجه المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى من حيث نوع التعويض وكيفية تقديره وطرق تنفيذه .

---

(١) جنكس ص ١٦٧ و « لالو » فقرة ١٨٧ ص ١٢٢ .

(٢) مجلة القانون المدنى الفرنسى الفصلية ١٩٣٥ ص ٩٧٩ .

الخاتمـــة

ما من شك فى أن مشكلة المسئولية العقدية قد لعبت وستلعب دوراً كبيرا فى القانون المدنى ، فهى الوسيلة إلى تنظيم المعاملات واستقرارها وتطورها .

وإذا كان هدف العقوبة فى القانون الجنائى هو إقامة التوازن الاجتماعى ، فالمسئولية إنما تهدف إلى إقامة التوازن الاقتصادى بين الطرفين ، هذا التوازن الذى هو ركن خطير من أركان التوازن الاجتماعى .

ومسألة هذا حظها من الخطورة يجب أن تحظى بعناية الفقه والقضاء والمشرع . وعلى قدر التوفيق فى معالجتها وأعمال الفكر فيها وإيجاد الحلول التى تتلاءم مع منطق التطور الاجتماعى المنعكس فى نصوص القانون ، يتحقق الغرض المنشود من هذه المسئولية .

وقد أخذنا على عاتقنا المساهمة فى بحث مشكلة المسئولية ببحث جانب خطير منها هو المسئولية العقدية عن فعل الغير . وإذا كانت كل مسئولية إنما تقوم على ركن الخطأ الذى هو عنصر أصيل فيها ، فإن المسئولية العقدية عن فعل الغير كما بينا ، تقوم على أساس الضمان القانونى الذى يفرض بالنص المنشىء لهذه المسئولية . ولقد أوضحنا ماهو الخطأ التعاقدى ،وذهبنا مع مشرع القانون المدنى الجديد ، والراجع من الفقه والقضاء إلى أنه عبارة عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى . ومتى ما تحقق عدم التنفيذ تحقق الخطأ . ولا يستطيع المدين أن يتخلص من عبء المسئولية إلا إذا أثبت انقطاع علاقة السببية بين خطئه وبين الضرر الذى لحق الدائن .

ومن هنا خلصنا إلى الفرق بين المسئولية العقدية عن فعل الغير وبين المسئولية العقدية عن الفعل الشخصى .

وبعد أن بحثنا تاريخ مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير ، توصلنا إلى أن هذه المسألة قد عرفت بتطبيقاتها البسيطة منذ عهد القانون الرومانى ، وقد

عرفتها الشريعة الإسلامية فى بعض تطبيقاتها أيضاً ، فى فقه بعض فقهاءها .
كما عرفها القانون الانجليزى أيضاً على هذه الصورة . ويهمنا أن نوضح أن مشكلة المسئولية العقدية عن فعل الغير ، تتطور وفقاً للتطور الصناعى بصورة طردية ما دامت الأسس الاقتصادية فى كل دولة ، وما دامت أساليب الإنتاج فيها هى الأسس التحتية Sub-stracture للأنظمة الفوقية Super-straeture[1] فالتطور الاقتصادى بتعقيدأته ، يجب أن يعكس تطور مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ، لأن هذه المسئولية ترتبط بالصناعة وبالمشروعات العامة ارتباطاً وثيقاً . ولعله من الميسور أن نلاحظ أن تنفيذ الالتزامات على النطاق الواسع فى عصرنا الحاضر ، لايتم على الصورة البدائية التى كان يتم بها فى العصور القديمة ، أو فى العصور الوسطى . إن الملتزم اليوم ليرجع إلى أشخاص آخرين غيره ليساعدوه ، أو ليقوموا مقامه فى تنفيذ الالتزام .

ولذلك فقد اضطر المشرع فى العصور الحديثة إلى تسجيل النص العام ، الذى يحكم المسئولية العقدية عن فعل الغير ، وما عاد يكفى إيراد النصوص المتفرقة الجزئية التى تعالج هذه المسألة . فجاء المشروع الألمانى بالنص المشهور فى المادة ٢٧٨ ، وكذلك فعل مشرع قانون الالتزامات السويسرى م (١٠١) وسار على أثره مشرع القانون البولونى .

وما كان للمشرع فى مصر أن يفعل غير هذا ، فجاء التقنين الجديد حاوياً لنص يشير إلى المبدأ العام فى المسئولية العقدية عن فعل الغير .

ولكن هذا النص جاء معبراً مع الأسف عن تردد المشرع فى إعلان رغبته الصريحة فى الأخذ بهذا المبدأ . فلم يجرأ واضع القانون المدنى الجديد على إيراد نص المادة ٢١٧ ف ٢ على الشكل الذى يحسم الأمر حسما تاماً بنص قاطع صريح فى الدلالة على ما يريده من تقرير مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير. ونأمل أن تجىء الفرصة مسرعة سانحة أمام المشرع حتى يعدل

---

(١) نقصد بذلك أن أساليب الإنتاج التى تقوم على أساس اقتصادى معين ، هى التى تعكس تطور الأنظمة القانونية وسائر الأنظمة الاجتماعية الأخرى ويكون الأساس الاقتصادى هو أساس البناء لما يقوم فوقه من هذه الأنظمة الاجتماعية .

النص واضعاً الأمر فى نصابه الصحيح بإيراد نص قطعى الدلالة على هذا المبدأ .

ويقوم مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير ، على أساس الضمان القانونى الذى يفرضه المشرع بنص القانون كما قلنا ، وليس من أساس غيره يصلح سنداً يقوم عليه هذا المبدأ ، فالنظريات المختلفة المتضاربة لم تنجح فى الوصول إلى الأساس الحقيقى . وكان من نتائج هذا الرأى أن أنكرنا إمكان قيام مبدأ عام فى التشريعات التى لم يرد فيها نص عام يحكم جميع أحوال المسئولية العقدية عن فعل الغير . وإذا كان هذا مما يقتضيه منطق القانون بحسب مبادئه وقواعده العامة ، فإن الأمر ليس من الصعوبة العملية بحيث يعوق مسئولية المدين من أن تتحقق . فبالوسائل الفنية من تفسير ومن اكتشاف الضمان العقدى ومن تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية عن فعل الغير ، يمكن أن نصل تقريباً إلى نفس النتائج التى قد نصل إليها بتطبيق مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير .

وإذا تحرينا وجه العلاقة بين كلا الوضعين من أوضاع المسئولية العقدية والتقصيرية ، لرأينا أن الرأى السليم هو الذى يقرر أن طبيعة المسئولية واحدة فى كلا الوضعين ، كلتاهما تقوم على نفس الأركان من خطأ وضرر ورابطة السببية . وأن المسئولية العقدية عن فعل الغير ، والمسئولية التقصيرية عن فعل الغير ، هما فى الطبيعة سواء كذلك ، تقوم كلتاهما على الضمان . وإذا كان من الواضح أن الطبيعة واحدة ، فإن هذا لا يقدح فى وجود اختلافات عملية فرعية اقتضتها الظروف فى كل حالة : قيام العقد فى الأولى ، وانعدامه فى الثانية ، وما يترتب على ذلك من آثار . ومن هنا نشأت نظرية الخيرة التى أيدها بعض الفقهاء ، ويذهب الراجح من الفقه والقضاء الآن إلى عدم الأخذ بها نظراً للاختلافات (العملية) التى يختلف فيها وضع المسئولية العقدية عن المسئولية التقصيرية ، ومن هنا نشأت مشكلة شروط الإعفاء ، والراجح الآن أن الإعفاء جائز فى المسئولية العقدية ، وعلى الأخص فيما يتعلق بالمسئولية عن فعل الغير ، ولا يجوز هذا فى المسئولية المقابلة .

وإذا استقام مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير مستقلا عن مبدأ المسئولية التقصيرية عن فعل الغير ، يصير بحث المجال الخارجى أو الحدود

الخارجية لهذا المبدأ ضرورياً . وقد اختلف الرأى فى ألمانيا وسويسرا حول هذه المسألة ، ولقد قلنا مع الراجح من الفقه والقضاء أنه لا مجال فى مصر وفرنسا لتطبيق مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير فى فترة تكوين العقد .

وطبيعى أن لا مسئولية عن فعل الغير بعد انتهاء العقد إلا إذا أبقى العقد بعد انتهائه بعض التزامات فى ذمة المدين .

يبقى المجال الطبيعى إذن لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير محصوراً فى أثناء تنفيذ الالتزام التعاقدى .

ويحتاج تطبيق المبدأ شروطاً أولها قيام العقد صحيحاً نافذاً ، وهنا تثار مسألتان دقيقتان الأولى فى نطاق تطبيق المسئولية العقدية عن فعل الغير وقد رأينا أن بعض الفقهاء فى سويسرا وألمانيا يذهبون إلى شمول نصوص القانون الألمانى والسويسرى لبعض الأحوال من المسئولية الناشئة عن الإثراء بلا سبب والفعل الضار ، ولقد ذهبنا إلى أن القانون المصرى يقصر فى الظاهر تطبيق المسئولية العقدية على أحوال العقد فحسب .

والمسألة الثانية هى فى مضمون العقد وما يحتويه من التزامات وعلاقة ذلك بالمسئولية العقدية عن فعل الغير إذ تتسع هذه أو تضيق بقدر ما يتسع له العقد أو يضيق عنه من التزامات .

وثانى الشروط هو وجوب تجرد المتعاقد نفسه من ارتكاب الخطأ مع وجوب ارتكاب الغير الذى يسأل عنه المدين للخطأ التعاقدى ، وقد بينا أن الخطأ التعاقدى للغير يجب أن يقاس بنفس مقياس الخطأ التعاقدى للمدين .

والشرط الثالث هو وجوب أن يعهد المدين إلى الغير بتنفيذ الالتزام الذى ألقى على عاتقه أو أن يمارس الغير حقا من حقوقه التى اكتسبها بالعقد .

ولمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير حدود داخلية من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص . فمن حيث الموضوع جرى التساؤل عن هل يسأل المدين إذا ما تدخل الغير فى أثناء نفس التنفيذ فحسب أم يسأل أيضاً إذا ما تدخل بمناسبة هذا التنفيذ . وقد جرينا على الرأى الذى يذهب بحق إلى أن المدين

مسئول عن فعل تابعه متى كان هذا الفعل الذى أدى إلى الضرر قد نشا نتيجة للقيام بتنفيذ الالتزام العقدى أو نتيجة للامتناع عن القيام به .

ومن حيث الأشخاص يسال المدين على العموم عن فعل كل شخص له معه علاقة خاصة بموضوع الالتزام محل المسئولية . والشخص المعنوى كالشخص الطبيعى سواء بسواء من حيث تطبيق مبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير .

وإذا تحققت مسئولية المدين عن فعل أحد هؤلاء الأشخاص الذين يسال عنهم فيجوز له الرجوع عليه لأنه فاعل الضرر المباشر .

ومن أظهر التطبيقات لمبدأ المسئولية العقدية عن فعل الغير . ما جاء فى الإيجار وعقود المقاولة والوديعة وعقود النقل . هذه التطبيقات التى اختتمنا فيها دراستنا للمسئولية العقدية عن فعل الغير التى إذا ما أقيمت فإنها فى الآثار ، هى والمسئولية العقدية عن الفعل الشخصى سواء لأنها بهذا الاعتبار فرع من هذه المسئولية الأخيرة .

المراجع باللغة العربية

(١) أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى .

(٢) أحمد زكى الشيتى : مذكرة فى تكوين العقد وتفسيره فى القانون المدنى الجديد القاهرة ١٩٤٩ .

(٣) بهجت بدوى : أصول الالتزامات .

(٤) السنهورى : نظرية العقد فى القانون المدنى المصرى .

(٥) « : الوسيط .

(٦) « : عقد الإيجار .

(٧) سليمان مرقص : رسالة القاهرة ١٩٣٦ ، نظرية دفع المسئولية المدنية .

(٨) « « : الفعل الضار القاهرة ١٩٤٧ .

(٩) « « : عقد الإيجار الطبعة الثانية ١٩٥٣ .

(١٠) عبد الفتاح عبد الباقى : محاضرات فى العقود الصغيرة .

(١١) عبد السلام ذهنى : شرح القانون التجارى .

(١٢) على الزينى : « « « .

(١٣) مصطفى مرعى : المسئولية المدنية .

(١٤) محمد كامل أمين ملش : شرح القانون البحرى .

(١٥) محمد على عرفة : شرح العقود الصغيرة .

المراجع فى الشريعة الإسلامية

(١) أحمد أبو الفتح : المعاملات الشرعية .

(٢) على الخفيف : دروس فى الحق والذمة على طلبة قسم الدكتوراه ١٩٤٨ — ١٩٤٩ .

(٣) محمد زكى عبد البر : رسالة القاهرة نظرية تحمل التبعة فى الشريعة الإسلامية ١٩٥٠ .

(٤) شفيق شحاته : رسالة القاهرة النظرية العامة للالتزام فى الفقه الإسلامى
(٥) المبسوط : للسرخسى .
(٦) القواعد : لابن رجب الحنبلى .
(٧) مفتاح الكرامة فى فقه الأمامية للسيد محمد جواد العاملى .
(٨) المنتزع المختار فى فقه الأئمة الأطهار (فقه الزيدية) لأبى الحسن بن مفتاح
(٩) الكاسانى : بدائع الصنائع
(١٠) شرح الزيلعى على الكنز .
(١١) مجمع الضمانات للبغدادى
(١٢) ابن عابدين : رد المختار فى الدر المختار .
(١٣) مجلة الأحكام العدلية
(١٤) فتح القدير للكمال بن الهمام
(١٥) المدونة الكبرى للامام مالك بن أنس .
(١٦) الأم للامام الشافعى
(١٧) نهاية المحتاج فى شرح المنهاج .

المراجع باللغة الفرنسية

Abel : La responsabilité des médecins - thèse Nancy 1936.

Ahmed Zaki AL - Chiati : La formation du Contrat et son interprétation dans le nouveau code civil egyptien.

Amiot, Max : Exposé sur la faute contractuelle - thèse dactylographiée, Paris 1945.

Aubry et Rau : Cours de droit civil français 5e édition, Paris.

Baudry - Lacantinerie et Barde : Traité des obligations 2e édition, Paris.

Becqué, Emile : De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, Revue trimestrielle de Droit civil, 1914, P. 251 et s.

Bahgat Badaoui : La responsabilité du commettant à raison des faits de ses préposés - thèse Paris 1929.

Bertrand, Edmond : Le préposé moderne - thèse Aix 1935.

Bezzola : La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation - thèse Génève 1937.

Bonnet, Emile : La responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle - Revue critique. 1912, pp 418 et s.

Brun, André : Rapports et domaines de la responsabilité contractuelle et délictuelle - thèse Lyon 1931.

Corbesco : De la représentation - thèse Paris 1913.

Capitant, Henri : Les effets des obligations, Rev. trim. 1932.

Dallant, René : La notion de préposé dans l'art. 1384 - thèse, Poitiers 1927.

Dallant : La responsabilité du sous-locataire du fait de sa maîtresse - Dalloz 1928—1—99 et s.

Demogue, René : Traité des obligations en général 7 vol. Paris 1925.

Demogue : La responsabilité du transporteur Rev. trim. 1932, pp. 148. et s.

Demogue : La responsabilité du patron - Rev. trim. 1929.

« : La responsabilité du locataire - Rev. trim. 1933.

Domat ; Les lois civiles - 3 vol. Paris.

Duflot : La responsabilité civile des médecins - thèse Paris 1937.

Dufort, Marie Madeleine : La responsabilité contractuelle dans le Code Libanais des obligations et des contrats - thèse Paris 1937.

Durand, Paul : Les conventions d'irresponsabilité - thèse Paris 1931.

Esmein : Les clauses de non-responsabilité, Rev. trim. 1926.

Esmein : Les principes de la responsabilité Rev. trim. 1932.

Esmein : Trois problèmes de la responsabilité délictuelle, Rev. trim. 1934.

Esmein : Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle. Rev. trim. 1933. pp. 627 et s.

Esmein : Note D. H. 1934 ch. - pp. 55 et s.

Flour, Jacques : Les rapports de commettant et prépose dans l'article 1384 - Dalloz 1934 Paris.

Funck : Commentaire du Droit fédéral des obligations, édition Paris 1930.

Gardenat et Salmon-Ricci : De la responsabilité civile, Paris 1929.

Girard : Les "torts" dans le Droit anglais - éd Sirey, Paris.

Grandmoulin : De l'unité de la responsabilité : thèse Rennes, 1892.

Huguenev, Louis : Note Sirey 1915-1-113 et s.

« « : « « 1921-2-1 et s.

« « : « « 1925-1-97 et s.

Jenks : Digeste du Droit civil anglais, Paris.

Josserand : Cours de Droit civil positif, éd. Paris.

« : De l'esprit des Droits et de leur relativité, Paris.

« : Préface à la thèse d'André Brun - thèse précitée.

« : Cas de force majeure et cas fortuit, Rev. Gén. d'assurance et responsabilité (belge) 1930, pp. 472 et s.

Josserand : Note D. H. 1934 ch. pp. 25 et s.

Lalou : Traité pratique de la responsabilité civile éd. 1943. et 1949 Paris.

Lalou : Note D. H. 1928 ch. pp. 69 et s.

« : Note D. H. 1939 ch. pp. 13 et s.

Lévy, Emmanuel : Responsabilité et Contrat, - Rev. crit. 1899. pp. 161. et s.

Lehr : Éléments de droit civil anglais, Paris.

Lévy - Ulman : Cours de droit civil approfondi, 1926-27. Paris.

Marton : Obligations de résultat et obligations de moyen - Rev. trim. 1935 pp. 499. et s.

Mazeaud, Henri et Léon ; Traité de la responsabilité civile 3e et 4e éd. Paris.

Mazeaud, Henri ; Essai de la classification des obligations, Rev. trim. 1936. pp. 1 et s.

Meigné, Maurice ; Responsabilité et contrat - thèse Lille 1924.

Montel Alberto : Note, Rev. trim. 1932 pp. 1017 et s.

Morcos Soliman : Essai d'une théorie générale sur les causes légales d'exonération de la responsabilité civile-thèse, Le Caire 1936.

Morcos Soliman : Le louage de choses, Le Caire 1947.

Niboyet : Cours de droit civil approfondi 1929 - 30

De Page ; Traité pratique des obligations en droit belge, Bruxelles.

Pilon ; De la représentation - thèse Caen, 1897.

Planiol : Traité élémentaire de droit civil, éd 1943.

« ; Etudes sur la responsabilité civile, Rev. crit. 1905 pp. 277. et s.

Planiol : « « « « « « « 1909

« : « « « « « « « 1911

Popesco-Ramniceano ; De la représentation - thèse Paris 1927.

Roubier ; Essai sur la responsabilité contracuelle thèse Lyon, 1911.

Rossel : Manuel de droit fédéral des obligations, Généve éd, 1920.

Ranjard : La responsabilité civile dans Domat - thèse dactylographiée, Paris 1943.

Renaud ; La responsabilité contractuelle du fait d'autrui - thèse Paris 1923.

Ripert : La règle morale dans les obligations-Paris 3e éd.

Sainctelette ; De la responsabilité et de la garantie - thèse, Bruxelles - 1884.

Saleilles : Etude sur la théorie de l'obligation d'après le premier projet du code civil allemand, Paris 1925.

Savatier, René : Traité de la responsabilité civile, Paris 1949.

« « : Cours de droit civil Paris 1939.

Stéfani, Gaston ; Cours de droit approfondi : la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. 1948-49.

Stéfani Gaston ; l'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle : Le Caire 1948-49.

Sourdat ; Traité général de la responsabilité Paris, 1911.

Tunc, André : Force majeure et absence de faute, Rev. trim. 1945. pp. 235 et s.

Van Ryn ; Responsabilité aquilienne et contrat, thèse d'agrégation, Bruxelles 1933.

Wigny : Responsabilité contractuelle et force majeure. Rev. trim. 1935 pp. 19 et s.



